Der Widerruf eines Testaments.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Hermann Neumeister

Gerichtsreferendar aus Trier.

NOLTE

Marburg 1933

Dissertations-Verlag G. H. Nolte Düsseldorf

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 25. 1. 33.

Berichterstatter:

Geh. Just.-Rat Prof. Dr. Manigk.

Prof. Dr. Klausing.

INHALT.

Schriftenverzeichnis.

Achilles-Greif, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1930.
Ahammer, Der Widerruf letztwilliger Verfügungen nach § 2255 und § 2256 BGB. Diss. Erlangen 1908.
Binder, Bürgerliches Recht, Erbrecht. Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, herausg. von Kohlrausch und Kaskel. Bd. XI. 1923.
Breslauer, Teilweiser Widerruf eines Privattestaments mittels Durchstreichung ohne neue Datierung? JW 1933, S. 148.
Brodmann, Die Handelsgeschäfte. Erstes Kapitel. Allgemeine Grundsätze. Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts. Bd. IV, II. Abteilung, 1918.
von Buchka, Bürgerliches Gesetzbuch und gemeines Recht. 2. Aufl. 1904.
Cohn, Das eigenhändige Testament in Verbindung mit unter öffentlicher Autorität stehenden Akten. Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1914, S. 353 ff.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 7./8. Aufl. 1924.
Cretschmar, Das rheinische Zivilrecht in seiner heutigen Geltung. 3. Aufl. 1892.
Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. V. 1912.
Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1896.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens Bd. I 1902.
— Pandekten, Bd. I, 1884; Bd. III, 1887.
— Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. Bd. III, 1905.
Eichhorn-Goldmann, Das Testament 5. Aufl. 1910.
Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1. Allg. Teil, 25.–29. Aufl. 1926.
Enneccerus-Kipp, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. II, 3. Erbrecht, 17.–18. Aufl. 1926; neubearbeitet als Bd. V 8. Bearbeitung 1930.
Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. I, 13. Bearbeitung 1931.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Bd. III. 6. Aufl. 1893.
Goldmann, Ist zur Erhebung erbrechtlicher Aufwertungsansprüche die Anfechtung der letztwilligen Verfügung erforderlich? JW. 1924 S. 1123.
Harrer, Rücktritt und Widerruf beim gebundenen Erblasserwillen. L.Z. 1924 Sp. 11.
Herschel, Teilweiser Widerruf eines Privattestaments mittels Durchstreichung ohne neue Datierung? JW. 1933 S. 149.
Herzfelder, Teilweiser Widerruf eines Privattestaments mittels Durchstreichung ohne neue Datierung? JW. 1932 S. 1330 ff.
Klein, Peter, Die Rechtshandlungen im engeren Sinne. 1912.
— Studien zur Rechtsgeschäftslehre. Erste Studie. Zu § 2255 BGB. Archiv f. bürg. Recht. Bd. 40 S. 196 ff.
Kretschmar, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 2. Aufl. 1913.
Küntzel, Strohals kritische Bemerkungen über das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Gruchots Beiträge Bd. 41 S. 583 ff.
Lange, Die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Erblassers in Iherings Jahrbücher Bd. 82 S. 1 ff.
Lehmann, Heinrich, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl. 1928.
Leonhard, Franz, Erbrecht, 2. Aufl. 1912.
— Die Beweislast. 2. Aufl. 1926.
Maenner, Abhängigkeit letztwilliger Verfügungen von fremdem Willen. LZ. 1925 Sp. 570.
— Erbrechtliche Anfechtungsfragen. II. Anfechtung der Vernichtung einer Testamentsurkunde. LZ. 1925 Sp. 509.
Manigk, Das Anwendungsgebiet für die Vorschriften der Rechtsgeschäfte. 1901.
— Zum Begriff des Rechtsgeschäfts. DJZ. 1902 S. 279 ff.
— Willenserklärung und Willensgeschäft. Ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. 1907.

– „Rechtshandlungen", Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Herausg. von Stier-Somlo-Elster IV. Bd. S. 664 ff. 1927.
– Irrtum und Auslegung. Zwei Grundpfeiler der Lehre von der Willenserklärung. 1918.
– anläßlich der Besprechung von R. Henle Vorstellungs- und Willenstheorie in der Lehre von der juristischen Willenserklärung. Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht. Begr. von Goldschmidt. Bd. 27 S. 529 ff.
– Über Rechtswirkungen und juristische Tatsachen. Ein Beitrag zur Lehre von der Willenserklärung. Iherings Jahrb. Bd. 49 S. 549 ff.
– Die Voraussetzungen des Eigenbesitzes nach BGB. Archiv f. Bürg. Recht Bd. 25 S. 316 ff.

Mantey, Das Erfordernis richtiger Datierung eines holographischen Testaments. Gruchots Beiträge Bd. 43 S. 641 ff.

Marcus, Das deutsche Testament, insbesondere das Privat- u. Nottestament. 5. Aufl. 1928.

Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1900.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für d. Deutsche Reich Bd. V. 1888.

Neumann, Handausgabe des BGB. 2. Aufl. 1912.

Nadler-Fechner, Nachlaßwesen. 2. Aufl. 1928.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I. Buch, Allgemeiner Teil. 3. Aufl. 1926.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich Bd. I. 4. Aufl. 1913; Bd. V. 4. Aufl. 1930.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. V. 1899.

Rausnitz, Das eigenhändige Testament. 7. Aufl. 1926.

Reichsgerichtsräte-Kommentar des Bürgerlichen Gesetzbuchs 6. Aufl. 1928.

Rosenberg, Die Beweislast. 2. Aufl. 1923.

Sörgel, Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 4. Aufl. 1929.

Sohm, Institutionen des römischen Rechts. 14. Aufl. 1911.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz. Bd. I. 9. Aufl. 1925; Bd. V 9. Aufl. 1929.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. V. 1.–2. Aufl. 1885.

Stölzle, Der letzte Wille des Menschen in rechtlicher und steuerrechtlicher Beziehung. 2. Aufl. 1929.

Strohal, Deutsches Erbrecht auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. I. 3. Aufl. 1903.

Titze, „Rechtsgeschäft", Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Hrsg. von Stier-Somlo und Elster. Bd. IV. S. 654 ff. 1927.

von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. II. 1914. 1918.

Waentig, Ist der Notar berechtigt, das vor ihm errichtete Testament dem Testator, der das Testament widerrufen will, vor der Ablieferung an die Verwahrungsstelle zurückzugeben? Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1908, S. 633 ff.

Warneyer, Kommentar zum BGB. 2. Aufl. 1930.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, Bd. III. 6. Aufl. 1887. Neubearbeitet von Kipp 9. Aufl. 1906.

Zimmer, Das eigenhändige Testament nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Arch. f. Bürg. Recht, Bd. 24. S. 17 ff.

Entscheidungen und Zeitschriften.

Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot. Bd. 41, 43.

Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 24, 25, 40.

Deutsche Juristen Zeitung. Jahrg. 1902, 1914.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (ROHG.) Bd. 17.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG.). Bd. 2, 16, 34, 58, 59, 69, 71, 77, 87, 91, 96, 102, 104, 111, 115, 130, 134, 136.

Höchstrichterliche Rechtsprechung (HRR.) Jahrgang 1929.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen (KG.). Bd. 29, 36, 37, 38, 41, 45, 50, 51, 58.

Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts (JFG.). Bd. 3, 4, 6, 8,

Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts. Bd. 49, 82.

Juristische Wochenschrift. Jahrgang 1911, 1913, 1915, 1918, 1922, 1923, 1924, 1925, 1926, 1927, 1932, 1933.

Leipziger Zeitschrift für das deutsche Recht (LZ.). Jahrgang 1920, 1921, 1924, 1925.

Preußische Gesetzsammlung. Jahrgang 1924, 1929.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (OLG.) Bd. 5, 9, 12, 16, 20, 21, 26, 34, 42.

Das Recht. Jahrgang 1910—1912, 1919, 1921, 1925.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. Bd. 24, 70.

Warneyer-Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts (Warneyer mit Jahreszahl). Jahrgang 1913, 1915, 1917, 1925, 1928.

Zeitschrift des Deutschen Notarvereins (D.Not.V.). Jahrgang 1908, 1914.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht. Begr. von Goldschmidt (Goldschmidts Zeitschrift) Bd. 27.

I. Einleitung.

§ 1. Vorbemerkung.

Testamente, Erbverträge und deren Widerruf gehören zu dem Kreis derjenigen juristischen Handlungen, die insofern rechtlich von Bedeutung sind, als sie entweder selbständig oder in Verbindung mit anderen Tatsachen rechtliche Wirkungen erzeugen [1]).

In der Literatur über das Gebiet des bürgerlichen Rechts nehmen die Abhandlungen über die Lehre von den privatrechtlichen Handlungen einen großen Raum ein. Aber erst in dem Schrifttum der neueren Zeit läßt sich das ernsthafte Bestreben feststellen, die Lehre von den Rechtshandlungen kritisch und systematisch zu untersuchen und die Begriffe Rechtshandlungen im engeren Sinne, Rechtsgeschäfte, Willenserklärungen und Mitteilungen gegeneinander abzugrenzen. Nur die Schaffung eines Systems schützt vor willkürlicher Behandlung des Einzelfalles. Das System ist nicht nur eine wissenschaftliche Forderung; es dient auch praktisch der Gerechtigkeit, die das wesentliche Gleiche auch gleichmäßig zu behandeln hat.

In der unvollständigen und lückenhaften Behandlungsweise der Lehre von den Rechtshandlungen der römischrechtlichen und gemeinrechtlichen Rechtswissenschaft [2]) ist eine noch heute verbreitete Lehre sowie das BGB. selbst trotz großer Ansätze in den Motiven zum BGB. der ersten Kommission stecken geblieben. Als einer der ersten war es Manigk, der in den Schriften „Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte" und „Willenserklärung und Willensgeschäft" die einzelnen Begriffe scharf abgrenzte, ein System der juristischen Handlungen schuf und jeder rechtlichen Betätigung des Menschen ihren Platz darin zuwies. Dieser in weiteren Arbeiten desselben Verfassers begründeten Lehre sind zahlreiche Autoren gefolgt [3]). Es kann indessen nicht behauptet werden, daß sie im Schrifttum und in der Rechtsprechung überall durchgedrungen sei.

Die unsichere Behandlungsweise der Lehre von den juristischen Handlungen ist auch an den erbrechtlichen Handlungen deutlich bemerkbar. Die Rechtsnatur der möglichen Widerrufsakte hinsichtlich eines Testaments ist

---

1) Manigk, Willenserklärung § 156. S. 646.

2) Vgl. dazu Windscheid Bd. 1 § 68; Sohm Inst. S. 239 Anm. 3.

3) Manigk, Irrtum und Auslegung; ders. „Rechtshandlungen", in Handb. d. Rechtsw. S. 664; Neuestens Iher. Jahrb. 83, 1 ff.: P. Klein, Die Rechtshandlungen i. e. S. Vgl. ferner die Systematik bei Enneccerus-Nipperdey §§ 128 und 194; v. Tuhr, Allg. Teil II S. 105 ff.; Planck vor § 104 BGB.; Oertmann, Komm. z. BGB. vor § 104, insbes. Ziff. 11; Brodmann, Die Handelsgeschäfte in Ehrenbergs Handbuch IV. Bd. II. Abt. S. 11 Anm. 4; H. Lehmann, Allg. Teil §§ 20, 24, 38; Staudinger-Riezler vor § 104; Düringer-Hachenburg, HGB. IV (1932) S. 7 ff.

noch nicht genügend geklärt; die Fragen der Stellvertretung beim Widerruf durch Vernichtung der Testamentsurkunde sind nur oberflächlich behandelt; die Folgen eines Willensmangels bei den verschiedenen Widerrufshandlungen erscheinen nicht mit der genügenden Klarheit und Begründung durchgearbeitet. Ein Beitrag auf dem Gebiete des Erbrechts auf Grund der von Manigk vertretenen Lehre von den Rechtshandlungen soll unsere Aufgabe sein.

§ 2. Geschichtlicher Überblick über die rechtliche Behandlung des Widerrufs von Testamenten in früheren Rechten.

Der § 2253 BGB. bestimmt:

„Ein Testament sowie eine einzelne in einem Testament enthaltene Verfügung kann von dem Erblasser jederzeit widerrufen werden."

Diese uns heutzutage selbstverständlich erscheinende Rechtsauffassung von dem Rechte des Erblassers, sein Testament jederzeit frei widerrufen zu können, war keineswegs ein allgemein geltender Rechtssatz in allen früheren Rechten. So war vor allem zur Zeit der Geltung von Partikularrechten in einigen Stadtrechten – z. B. im Kölner und Mainzer Stadtrecht [4]) – der Widerruf eines Testaments entweder überhaupt nicht gestattet und sogar unter Strafe gestellt oder aber nur dann erlaubt, wenn der Erblasser sich den Widerruf ausdrücklich vorbehalten hatte.

Im Gegensatz zu diesen Rechtssätzen zeigte aber schon das römische Recht, von dem unser heutiges Recht stark beeinflußt ist, eine viel individualistischere Prägung. Die im römischen Recht vorherrschende und ihm eigene starke Anerkennung des Rechtes der Einzelpersönlichkeit duldete auch im Testamentsrecht keine allzuweitgehende Beschränkung der freien Willensbetätigung des Einzelnen. Und so finden sich im Corpus Juris Civilis mehrere Stellen, in denen dieser individualistischen Rechtsanschauung Rechnung getragen ist und von mehreren Juristen der Grundsatz der freien Widerruflichkeit von Testamenten aufgestellt worden ist. „Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum" (L. 4. D. de adimendis 34. 4.) [5]). Folgerichtig läßt das römische Recht auch eine Selbstbeschränkung des Erblassers in seinem Widerrufsrecht von Testamenten nicht zu. Auch nicht durch die ausdrückliche Erklärung in einem Testament, dieses nicht umstoßen zu wollen, kann der Erblasser dieses Rechtes verlustig gehen [6]).

In gleicher Weise wie das römische Recht behandelte auch das gemeine Recht ein Testament als frei widerruflich. Auch hier konnte der Erblasser sich nicht seines Widerrufsrechtes durch die testamentarische Erklärung begeben, das Testament nicht mehr abändern zu wollen [7]). Ja sogar die in einem Testament enthaltene Klausel, daß künftige abändernde Verfügungen nicht

4) Weitere Nachweise finden sich bei Stobbe S. 203 Anm. 21.

5) Ebenso L. 23 § 33. D. de don. inter vir. 24, 1; L. 6. C. qui facere test. 6, 22; L. 19. C. de test. 6, 23.

6) L. 22. pr. D. de leg. III „nemo eam sibi potest legem dicere, ut a priore recedere non liceat".

7) Windscheid § 563 S. 103; Förster-Eccius § 256. S. 466.

in jeder gesetzlich zugelassenen, sondern nur in einer bestimmten Form Gültigkeit haben sollten, war unwirksam [8]).

In zahlreichen Gesetzen der Aufklärungszeit wurde dieser Grundsatz dann gesetzlich festgelegt wie z. B. im österreichischen und sächsischen bürgerlichen Gesetzbuch und im preußischen Allgemeinen Landrecht [9]).

Wie die Errichtung so war auch sein Widerruf in früheren Rechten, soweit er überhaupt zulässig war, an strenge Formen gebunden. Meist schrieben die älteren Rechte für den Widerruf eines Testaments dieselben Formen vor wie für dessen Errichtung [10]). Der Grund hierfür liegt auf der Hand; denn die Testamentserrichtung sowie sein Widerruf sind Rechtsakte von derart einschneidender Bedeutung, durch die nicht nur die Rechte der Erben betroffen werden, sondern darüber hinaus auch die Interessen Dritter und der Allgemeinheit, sodaß aus dem Testament sowie dessen Widerruf der Wille des Erblassers in unzweideutiger Weise hervorgehen muß. Denn der einzige Mund, der eine authentische Interpretation des letzten Willens geben könnte, ist längst auf immer verstummt, wenn Zweifel an den Worten des Testaments oder Widerrufs laut werden.

Die Aufhebung eines Testaments kann nach heutigem Recht erfolgen entweder negativ durch Widerruf oder positiv durch Errichtung eines zweiten mit dem ersten in Widerspruch stehenden Testaments (§§ 2254 ff. BGB.). Der negative Widerruf kann wiederum bestehen in einem Widerruf durch Testament (§ 2254), in einem Widerruf durch Vernichtung der Testamentsurkunde oder Veränderungen an der Urkunde (§ 2255) oder in der Rücknahme der in amtliche Verwahrung gegebenen Urkunde eines öffentlichen Testamentes durch den Erblasser persönlich (§ 2256). Die gebräuchlichste Art des negativen Widerrufs, der Widerruf durch Testament, wurde im alten römischen Recht nicht scharf von der positiven Aufhebung eines Testaments durch Errichtung eines neuen unterschieden. Denn nach dem römischen Recht vernichtete schon die Existenz eines neuen Testaments ohne weiteres die Gültigkeit des ersteren, einerlei ob in dem zweiten das erste ausdrücklich aufgehoben war oder nicht. Voraussetzung der Beseitigung des älteren Testaments war nur, daß aus dem zweiten irgend jemand Erbe werden konnte [11]). Das ältere Testament konnte aber selbst dann, wenn es durch das neuere bestätigt wurde, als Testament nicht wirksam werden. Es hatte neben dem neuen Testament allenfalls die Bedeutung eines Codizills [12]). Dieser Grundsatz hatte eine große Bedeutung vor allem für die Gültigkeit von Vermächtnissen des ersten Testaments. Denn die Vermächtnisse waren, soweit sie nicht ausdrücklich in das zweite Testament neu aufgenommen worden waren, hinfällig geworden. Diese römischrechtliche Auffassung, die allerdings auch schon die

---

8) Dernburg, pr. Privatr. III § 171 Anm. 2, 3; vgl. auch K.G. 45/140.

9) Österr. BGB. § 717 ff.; Sächs. BGB. § 2212; ALR. § 564 I 12

10) ALR. § 587. I. 12; Österr. BGB. § 717; Sächs. § 2212; für das rheinische Zivilrecht vgl. Art. 1035 code civ.

11) Meischeider § 128 S. 518; Dernburg Pand. § 94. S. 181; L. 1, L. 11, L. 16. D. de injusto 28, 3. „testamentum . . . rumpitur alio testamento, ex quo heres existere poterit".

12) Codizille sind letztwillige Verfügungen, die eine Erbeinsetzung nicht enthalten. Windscheid III. § 538.

Römer selbst beim Soldatentestament durchbrochen hatten[13]), ging, wenn auch mit einzelnen Veränderungen in zahlreiche Partikulargesetze über. So war z. B. im Geltungsbereich des Trierer Landrechts ein erstes Testament durch ein zweites nicht ausdrücklich widerrufendes Testament aufgehoben einschließlich der Vermächtnisse, mit Ausnahme derjenigen Vermächtnisse, in denen der Erblasser zu Gunsten der Kinder und der Kirche (piae causae) verfügt hatte[14]).

Erst in der Gesetzgebung der neueren Zeit ist dieser römischrechtliche Gedanke gänzlich fallen gelassen worden. Die Rechtssätze der neueren Gesetze bestimmen nämlich durchweg, daß grundsätzlich ein zweites Testament keineswegs der Gültigkeit des ersten im Wege stehe. Ja sogar ein widerrufendes Testament machte nach dem rheinischen Zivilrecht[15]) das erste Testament nicht zu einem nichtigen Rechtsakt, sondern die Widerrufserklärung hinderte es nur in seinem Vollzuge. Entsprechend erklärte auch das preußische Recht[16]) ein erstes Testament für gültig und zwar mit allen Vermächtnissen, wenn nur durch das zweite Testament die erste Erbeinsetzung bestätigt oder erweitert war, und die Vermächtnisse selbst nicht ausdrücklich aufgehoben oder zu Gunsten anderer Vermächtnisnehmer abgeändert worden waren. Nur soweit in dem zweiten Testament an Stelle des früher eingesetzten Erben ein anderer ernannt worden war, verlor das erste Testament auch mit allen sonstigen Verfügungen (Vermächtnissen) seine Gültigkeit.

Die beiden übrigen oben bezeichneten Arten des Widerrufs, durch Vernichtung der Testamentsurkunde und Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung, die von den sonst für das Testamentsrecht maßgebenden strengen Formvorschriften abweichen, waren auch schon den früheren Rechten bekannt[17]). Streitig war nur zur Zeit der Partikulargesetzgebung, ob die Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung die Gültigkeit eines Testaments aufhob oder nicht. Die Schriftsteller des gemeinen Rechts[18]) erklärten die Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung als allein nicht ausreichend für einen Widerruf des Testaments. Denn der gerichtliche Gewahrsam sei nichts der Form eines Testaments Wesentliches. Kam aber zu der Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung noch hinzu, daß das Testament nicht mehr unverletzt war oder nicht mehr die Zeichen der Solennisierung an sich trug, so sollte es als widerrufen gelten[19]). Demgegenüber nahm aber schon das preußische Landrecht den heute im BGB. festgelegten Standpunkt ein, daß die Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung ohne weitere Erfordernisse für sich allein genügen sollte, um das Testament seiner Gültigkeit zu entkleiden.

13) L. 19 pr. D. de test. mil. 29, 1. „Militi licet plura testamenta facere . . . ne superius per inferius rumpitur".

14) Trierer Landrecht II § 3; Stobbe S. 222 Anm. 22.

15) Cretschmar Anm. zu Art. 1035; code civ. Art. 1036; davon beeinflußt RGZ. Bd. 2 S. 363.

16) ALR. §§ 572, 573, 574, 575, 576 I 12.

17) L. 2, L. 4. D. de his quae in testamento 28, 4; L. 1 § 10, L. 8 § 3 D. de bonorum poss. 37, 11; L. 1 § 8. D. si tabulae test. nullas 38, 6; Cretschmar, Anm. zu Art. 1035; Stobbe a.a.O. S. 222; Meischeider S. 551; Abammer S. 2; Dernburg, Pand. § 94 S. 181; Mot. Bd. V S. 299; ALR. § 565. I. 12; Österr. BGB. § 721; Sächs. BGB. §§ 2215, 2219.

18) Windscheid § 564 Anm. 8; Buchka S. 463 Anm. 5.

19) Seufferts Archiv Bd. 24 Nr. 46.

Der Widerruf durch Vernichtung der Testamentsurkunde oder deren Veränderung gab in früheren Rechten, abgesehen von den Fragen, was als Veränderung anzusehen sei, zu Streitigkeiten keinen Anlaß. Nur wurde in allen Rechten verlangt, daß die Zerstörung der Urkunde getragen wurde von dem Willen des Erblassers, sein Testament zu widerrufen. Beweispflichtig für diesen Willen waren die Intestaterben[20]). War die Zerstörung gar nicht der Ausdruck eines Widerrufswillens des Erblassers, so wurde ihm gar keine rechtliche Bedeutung beigemessen. Ein zufälliger Untergang der Testamentsurkunde oder eine zufällige Vernichtung durch unbeabsichtigte Handlungen des Erblassers selbst oder eines Dritten entkräftete deren Inhalt, soweit er überhaupt noch nachzuweisen war, nicht[21]).

II. Der Widerruf eines Testaments.

Erster Abschnitt.

Die allgemeinen Voraussetzungen für den Widerruf eines Testaments.

§ 3.

Wenn das BGB. in § 2253 das Recht des Erblassers zum freien Widerruf seines Testaments sowie jeder darin enthaltenen letztwilligen Verfügung[1]) anerkennt, so übernimmt es damit, wie wir gesehen haben, nur schon im römischen Recht enthaltenes Gedankengut. Entsprechend dieser rechtsgeschichtlichen Grundlage ist auch nach dem bürgerlichen Recht ein Vertrag oder eine einseitige Erklärung, durch die der Erblasser sich verpflichtet, eine letztwillige Verfügung zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben, nichtig. (§ 2302 BGB.). Der hierin liegende Widerspruch zu der gesetzlichen Anerkennung in § 1941 BGB. von Erbverträgen, die ja dem freien Widerrufsrecht grundsätzlich entzogen sind[2]), ist nur ein scheinbarer. Denn die nichtigen Verträge nach §2302 BGB. sind von den Erbverträgen in ihrer beabsichtigten Rechtswirkung wesentlich unterschieden. Die nichtigen Verträge streben eine obligatorische Verpflichtung des Erblassers an, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten oder zu widerrufen, oder die Errichtung oder den Widerruf zu unterlassen. Die daraus folgende erbrechtliche Wirkung ist erst eine sekundäre Erscheinung dieser Verträge. Die Erbverträge sind dagegen direkt und zwar ausschließlich auf Begründung einer erbrechtlichen Wirkung gerichtet. Deshalb kann auch der Erblasser eine letztwillige Verfügung, die er zunächst als

20) Dernburg, Pand. § 94 Anm. 6 S. 181.

21) L. 20. D. de injusto 28, 3; L. 1 § 3, 10, 11. D. de bonorum poss. 37, 11; L. 30. C. de test. 6, 23; Windscheid § 564 Anm. 8 S. 105; Förster-Eccius § 256 S. 466; Dernburg, Pand. III. § 94 S. 180.

1) Die Ausdrücke Testament und letztwillige Verfügung sind trotz des wechselweisen Sprachgebrauchs im BGB. nicht gleichbedeutend. Wenn man auch das Testament in seiner Gesamtheit als letztwillige Verfügung ansprechen kann, so bezeichnet dieser Ausdruck dennoch auch die einzelnen in einem Testament getroffenen Anordnungen.

2) Strohal § 45 S. 359, 367.

frei widerrufliche errichtet hatte, später in einem unwiderruflichen Erbvertrag übernehmen [3]). Er begibt sich damit nicht in unzulässiger Weise seines Widerrufsrechts, noch verliert die letztwillige Verfügung ihre Eigenschaft der freien Widerruflichkeit, sondern die letztwillige Verfügung wird hierdurch ihrer Eigenschaft als letztwillige Verfügung entkleidet und wird zu einer vertragsmäßigen Verfügung von Todeswegen.

1. Die Notwendigkeit des Vorliegens eines gültigen widerrufsfähigen Testaments.

Voraussetzung der Widerruflichkeit von Testamenten gemäß §§ 2253 ff. BGB. ist in erster Linie, daß das zu widerrufende Testament gültig ist [4]). Und zwar beziehen sich die Widerrufsvorschriften des BGB. auf Testamentsformen aller Art, ordentliche sowie außerordentliche Formen, einerlei ob sie im BGB. selbst geregelt sind oder in anderen Reichsgesetzen. Denn die Vorschriften über Testamentsformen beziehen sich, auch soweit sie in anderen Gesetzen geregelt sind, lediglich auf die Art der Errichtung von Testamenten, nicht aber auf deren rechtliche Natur und ihre Wirkungen [5]).

Ordentliche Testamentsformen sind das vor einem Richter oder Notar [6]) errichtete Testament sowie das eigenhändige Privattestament (§ 2231 BGB.). Zu den außerordentlichen Testamentsformen gehören außer den im BGB. geregelten Formen das privilegierte Militärtestament gemäß § 38 Wehrgesetz vom 21. März 1921 und das gemäß §§ 7, 19, 38 des Gesetzes betr. die Konsulargerichtsbarkeit vom 7. April 1900 errichtete Testament. Die außerordentlichen Formen, die das BGB. selbst regelt, sind das Nottestament vor dem Gemeindevorsteher und zwei Zeugen, wenn zu besorgen ist, daß der Erblasser früher sterben werde, als die Errichtung vor einem Richter oder Notar möglich ist (§ 2249 BGB.), das in gleicher Form oder vor drei Zeugen errichtete Testament bei einer wegen Seuchengefahr verhängten Verkehrssperre (§ 2250 BGB.), und endlich das an Bord eines deutschen, nicht zur Marine gehörigen Schiffes außerhalb eines inländischen Hafens vor drei Zeugen errichtete Testament (§ 2251 BGB.). Allen diesen außerordentlichen Testamentsformen ist die Eigenschaft gemein, daß sie nach Ablauf einer gewissen Frist — denn sie dienen ja nur als Notbehelfe — als nicht errichtet gelten, wenn der Erblasser diese Frist überlebt (§ 2252 BGB.). Beginn und Lauf dieser Frist sind gehemmt, solange der Erblasser außerstande ist, ein öffentliches Testament in ordentlicher Form zu errichten. Die Hemmung tritt auch ein, wenn der Erblasser imstande wäre, ein Privattestament zu errichten [7]).

Testamente sind letztwillige, den gesetzlichen Formerfordernissen entsprechenden Anordnungen eines Erb-

3) Strohal § 42 S. 310.

4) OLGE. Bd. 16 S. 264; RG. in Recht 1919 Nr. 610 S. 75.

5) Staudinger § 2253—57 II S. 788; Warneyer Vorb. zu § 2229 S. 1265.

6) Die Errichtungsform eines Testaments vor einem Richter ist zur Zeit in den Gebieten des früheren rheinischen Rechts durch das Gesetz über die Zuständigkeit der rheinischen Notare vom 2. Januar 1924 in der Fassung vom 16. Dezember 1929 aufgehoben.

7) Stölzle S. 39; Nadler-Fechner S. 126; Marcus § 65 S. 276; Eichhorn-Goldmann S. 68.

lassers. Die Einsetzung eines Erben ist zwar der regelmäßige Inhalt eines Testaments, zum Begriff und Wesen des Testaments gehört sie jedoch nicht[8]). Testamente sind aber auch Rechtsgeschäfte, durch die der Erblasser für den Fall seines Ablebens das Schicksal seines Vermögens durch eine oder mehrere in einem Testament enthaltene Verfügungen bestimmen will[9]). Weiterhin gehören die Testamente zu den Rechtsgeschäften der Art, die zur Erzeugung von rechtlichen Wirkungen einer Kundgebungshandlung (Willenserklärung) des beabsichtigten und gewollten Erfolges bedürfen. In der Literatur[10]) wurde früher der Grundsatz vertreten, daß Rechtsgeschäft und die auf den beabsichtigten Rechtserfolg gerichtete Willenserklärung gleichbedeutend seien. Der Sprachgebrauch des BGB., der die Ausdrücke Rechtsgeschäft und Willenserklärung wechselweise und gleichbedeutend verwertet (z. B. vergleiche man § 107 mit § 111, oder die Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts in § 142 wogegen vorher in §§ 119, 120, 122, 123, 124 nur die Anfechtung einer Willenserklärung behandelt worden war), scheint dieser Ansicht Recht zu geben. Aber trotzdem sind die Begriffe Rechtsgeschäft und Willenserklärung scharf zu trennen; denn nicht jede Willenserklärung ist ein Rechtsgeschäft, dessen Begriffsbestimmung im BGB. fehlt, und nicht jedes Rechtsgeschäft bedarf zu seiner Wirksamkeit einer Willenserklärung.

Rechtsgeschäft ist vielmehr der Tatbestand einer den Privatinteressen des Einzelnen dienenden Handlung, dem ein auf Geschäftswirkungen gerichteter Wille des Menschen als Rechtssubjekt — dessen Rechte und Pflichten sonst zum Teil von seinem Willen gänzlich unabhängig sind — wesentlich ist[11]). Die Rechtswirkungen eines Rechtsgeschäfts treten nicht deshalb ein, weil sie von der Rechtsordnung bestimmt sind, sondern die Rechtsordnung läßt den Erfolg eintreten, weil der Erfolg von den Parteien gewollt ist. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß es doch wieder die Rechtsordnung ist, die den Willen mit der Kraft ausstattet, Rechtswirkungen zu erzeugen. Hierdurch bezieht die Rechtsordnung lediglich in den Tatbestand, an den sich Rechtsfolgen knüpfen, den Willen der Parteien als wesentliches Moment mit ein[12]). Hieraus ergibt sich als Begriffsmerkmal des Rechtsgeschäfts der auf den rechtlichen Erfolg der Handlung gerichtete Wille des Handelnden. Ob aber dieser Wille geäußert werden muß oder nicht, ob die Erklärung des Erfolgswillens sich an einen bestimmten Empfänger richten muß oder nicht, mag bei einzelnen Rechtsgeschäften Voraussetzung zu deren Gültigkeit sein, zum Begriff des Rechtsgeschäfts als solchem gehören diese Tatsachen jedoch

8) Der römisch- und gemeinrechtliche Unterschied zwischen Testament und Codizill ist dem BGB. also fremd. Vgl. Staudinger § 1937 I S. 67.

9) Kipp § 9 III S. 34; Marcus § 1 I S. 1; Kretschmar § 15 I S. 71.

10) Achilles-Greif Vorb. § 104 S. 38; Dernburg Pand. I § 91 S. 307; Windscheid I § 69 S. 186; Motive Bd. I S. 126.

11) Manigk, Willenserklärung §153 S. 637; ders. Rechtsgesch. S. 19; ders. DJZ. 1902 S. 280; Warneyer Vorb. § 104 ff. S.; Oertmann Vorb. § 104 3 a S. 318; P. Klein, Rechtshandl. § 1 IV S. 8; Achilles-Greif Vorb. § 104 S. 38; Dernburg, Pand. I § 91 S. 208; v. Tuhr § 48 II 1 a S. 106; Brodmann in Ehrenb. Handb. § 2 S. 7; H. Lehmann, Allg. Teil § 24 I S. 126; Titze i. Hdb. d. Rechtsw. IV. Bd. S. 665.

12) Vgl. zu diesem unfruchtbaren Streit: Oertmann Vorb. § 104 3 S. 317; Enneccerus-Nipperdey § 128 IV S. 414.

nicht. Die früher herrschende Lehre, die eine Willenserklärung als begriffswesentliches Merkmal des Rechtsgeschäfts behandelt hat, ging von dem Grundsatz aus, daß der innere Wille für sich allein ohne weitere Kundgebungshandlungen keine Rechtswirkungen erzeugen könne. Sie griff damit auf die von Dernburg[13]) für das gemeine Recht aufgestellte Lehre zurück, daß dem Rechtsgeschäft zwar ein auf den Erfolg gerichteter Wille zugrunde liegen müsse, daß dieser Wille aber erst durch entsprechende Erklärungen verwirklicht werden müsse. Ehe die Erklärung geäußert sei, sei sie als nur im Inneren des Menschen existente Tatsache „beliebig wandelbar und daher ohne rechtliche Bedeutung"[14]). Und dennoch gibt es Rechtsgeschäfte, zu deren Wirksamkeit es nicht einer Erklärung des inneren Willens bedarf. Es gibt Handlungen, die nach dem Gesetz der Privatautomie dem Einzelnen dienen sollen, ohne daß bei ihnen der Erfolgswille erklärt zu werden braucht[15]). Zwar ist an der von Dernburg aufgestellten Meinung soviel richtig, daß ein nur innerer Wille nicht rechtserzeugend wirken kann. Durch die bloße gedankliche Erfassung eines beliebigen rechtsgeschäftlichen Willens allein können ohne Hinzukommen eines äußeren Verhaltens keine Rechtsfolgen eintreten. Der innere Erfolgswille muß in einem äußeren Verhalten zur Vollendung gekommen sein[16]). Damit ist aber nicht gesagt, daß dieses äußere Verhalten einer bestimmten oder unbestimmten Person gegenüber kundgetan (erklärt) werden müsse, und wenn es andererseits dennoch von jemand heimlich oder wider den Willen des Handelnden bemerkt worden ist, etwa der bindende Ausdruck eines inneren Willens durch schlüssige Handlungen sei. Die Vernichtung eines Testaments z. B. läßt allerdings den höchstwahrscheinlichen Schluß zu, daß der Erblasser auch den Willen hatte, das Testament gemäß § 2255 BGB. zu widerrufen. Ist aber deshalb die Vernichtung eine Erklärung des Willens? Notwendig wäre mit der äußeren Handlung der Vernichtung der Wille zum Widerruf nicht verknüpft. Man denke an das irrtümliche Zerreißen der Testamentsurkunde etwa in der Absicht, eine andere Urkunde zu vernichten. Ebensowenig bedarf in diesem Fall der Widerrufswille, wenn er tatsächlich vorliegt, einer Kundgebungshandlung gegenüber anderen. Eine solche Forderung fände jedenfalls in § 2255 BGB. keinen Anhalt. Deshalb scheidet aber nicht etwa die unten zu behandelnde Vernichtung einer Testamentsurkunde in der Absicht, diese zu widerrufen (§ 2255), aus dem Kreis der Rechtsgeschäfte aus. Auch sie ist wie die Errichtung eines Testaments selbst ein Rechtsgeschäft. Denn allein rechtserzeugend wirkt hier wie bei allen Rechtsgeschäften nur der innere Wille. Es ist deshalb falsch, in diesen Fällen wie auch bei einer Okkupation und Dereliktion mit Enneccerus und den Vertretern der früher herrschenden Meinung[17]) die Handlung als eine Willenserklärung anzusprechen, der nur das Erfordernis des Empfangs durch einen bestimmten Gegner fehle. Derartige Akte haben

13) Dernburg, Pand. I § 96 S. 218; ebenso RGRKomm. Vorb. § 104 ff. 4. S. 133; Enneccerus § 136 II S. 349; Enneccerus-Nipperdey § 136 II. A. S. 438; Löwenwarter S. 4.

14) Dernburg a.a.O.

15) Manigk DJZ. 1902 S. 281; Brodmann a.a.O. S. 10.

16) Manigk, Willenserklärung § 153 S. 639; Brodmann a.a.O. S. 10.

17) Enneccerus § 136 A 4 S. 353; Kipp § 11 I Anm. 2 S. 37; Fr. Leonhard § 2231 I A S. 373.

überhaupt keine — auch keine unbestimmten — Empfänger. Sie geschehen lediglich, um einen inneren Willen in der Außenwelt aber nicht für die Außenwelt zur Vollendung zu bringen. Willens*erklärung* aber ist immer nur „eine Äußerung, deren sich eine Person zum Zwecke der Kundgebung eines Geschäftswillens bedient“ [18]). Rechtsgeschäfte können jedoch — wie eben angedeutet — auch vorgenommen werden durch Handlungen, welche nicht den Zweck haben, den Willen zur Kenntnis anderer Menschen zu bringen. Die Handlung, in welcher sich dann der Wille betätigt, ist Indiz des Willens, aber nicht Willenserklärung.

Wenn nun auch zum Begriff des Rechtsgeschäfts als solchem eine Willenserklärung nicht erforderlich ist, so ist sie doch für den Begriff des Testaments wesentlich. Laut gesetzlicher Vorschrift in § 2231 BGB. ist für die Gültigkeit eines Testaments Schriftform vorgeschrieben. Allgemein wird heute noch von einer verbreiteten Lehre die bei einem Testament zum Ausdruck gekommene Erklärung des inneren Willens der Gruppe der nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen zugerechnet. Der Begriff der nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung ist gesetzlich nirgends festgelegt. Das Gesetz spricht, wo es von der „Empfangsbedürftigkeit“ handelt, nie von Willenserklärungen, die niemandem gegenüber abzugeben sind, sondern nur von solchen, die einem anderen gegenüber abzugeben sind. Also nur von dem Gegenteil. Erst Wissenschaft und Rechtsprechung haben den Begriff der nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung ausgebildet. Die Schaffung der Gruppe der nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen hat den Vorteil gehabt, das Augenmerk der Rechtswissenschaft auf die Merkmale der Vollendung einer Willenserklärung wie der Perfektion eines Rechtsgeschäfts überhaupt und der Anfechtungsmöglichkeit einer Willenserklärung zu richten. Andererseits hat man aber in die Gruppe der nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen auch Akte eingeschaltet, bei denen sich der Handelnde gar nicht mehr kundgebend an die Rechtsgenossen wendet [19]). Damit hat man die Grenze zwischen Willenserklärung und denjenigen rechtsgeschäftlichen Akten, denen ein Kundgebungszweck nicht mehr innewohnt, verwischt. Die strenge Scheidung dieser Begriffe ist aber nicht etwa „eine Begriffsspalterei, die zu Verwirrung und ungesunden Ergebnissen führt“ [20]), sondern es ist die einzige sichere Grundlage zur präzisen Lösung der im Privatrecht gestellten Aufgaben der Rechtswissenschaft.

Fußend auf dem § 130 BGB., der für eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, den Zeitpunkt ihrer Wirksamkeit in den Augenblick des Zugangs verlegt, hat die Mehrheit der Schriftsteller [21]) — auch soweit sie eine Scheidung zwischen Willenserklärungen und anderen rechtsgeschäftlichen Akten anerkennen — die empfangsbedürftige Willens-

18) Manigk, Willenserkl. § 24 S. 191; ders. Iherings Jahrb. Bd. 49 S. 486; Oertmann, Vorb. § 104 11 S. 336; v. Tuhr § 61 I 1 S. 400; Brodmann a.a.O. S. 11, 12, 13; Planck Vorb. § 116 1 S. 263; H. Lehmann § 24 IV 1 S. 129.

19) Manigk, Irrtum und Auslegung S. 213.

20) Dernburg, Dt. Bürgl. Recht I § 106 S. 327.

21) Enneccerus § 136 A 4. S. 353; Enneccerus-Nipp. § 136 A 4 S. 442; Staudinger Vorb. § 116 III S. 455; RGR.Komm. § 116 1 S. 152; Warneyer § 130 II S. 219; Sörgel § 130 S. 115; für das Testament vgl. Fr. Leonhard § 2231 I. A. S. 373; H. Lehmann § 25 I b S. 134.

erklärung als eine solche definiert, bei der der Zugang an einen bestimmten Empfänger wesentlich sei, wogegen bei den nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen dieses Erfordernis wegfalle und schon die Abgabe zur Wirksamkeit genüge. Naturgemäß mußten sich in dieser letzten Gruppe alle Akte sammeln, bei denen entweder die Willenserklärung an einen unbestimmten Personenkreis gerichtet und erklärt war oder eine Erklärung wegen mangelnden Kundgebungszwecks überhaupt nicht mehr vorlag. Aber alle Willenserklärungen, auch die nicht empfangsbedürftigen, haben Empfänger, denen sie durch die Tätigkeit des Erklärenden zugeführt werden müssen[22]). Nur die Art und das Maß des Zugangs ist bei den einzelnen Willenserklärungen je nach der Art des Rechtsgeschäfts verschieden. Als Regel, wann eine Willenserklärung als zugegangen wirksam werden soll, dient § 130 BGB., nicht aber als Grundlage für die Definition einer besonderen Gruppe von Willenserklärungen. Der § 130 BGB. hatte vom Standpunkt des Gesetzgebers aus seine innere Berechtigung. Denn infolge der bei der Fassung des BGB. herrschenden unsicheren Systematik der Rechtsgeschäftslehre, die eine Willenserklärung und die anderen rechtsgeschäftlichen Akte ohne Kundgebungszweck noch nicht klar von einander schied, sollte der § 130 eine Grundlage dafür sein, die Vollendung derjenigen Akte, die einen Kundgebungszweck einem anderen gegenüber enthalten, gesetzlich zu bestimmen. Vollendet sollte eine Willens**erklärung** dann sein, wenn sie zugegangen war, d. h., wie allgemein anerkannt, wenn sie in ein solches räumliches Verhältnis zu dem Adressaten gekommen ist, daß dieser in der Lage ist, Kenntnis davon zu nehmen[23]). Und das muß bei allen Willenserklärungen der Fall sein. Ein Beispiel mag dies veranschaulichen. Als empfangsbedürftig wird von der heute noch herrschenden Lehre und zwar mit Recht, die Vertragsofferte und deren Annahme angesehen. Denn die Schließung eines Vertrages wird einem anderen gegenüber angetragen (§ 146 BGB.). Auch wird die Vertragsofferte bei den meisten Geschäften des täglichen Lebens an einen bestimmten Empfänger gerichtet sein. Und dennoch gibt es bei einzelnen heute sehr häufigen Verträgen Offerten, die keine bestimmten Empfänger haben und trotzdem zugehen müssen: Der Beförderungsvertrag der Straßenbahnen und Autovermieter. Ein Autovermieter, der an den Bahnhöfen seine Wagen zwecks Beförderung in die Stadt aufstellt, die Straßenbahngesellschaft, die ihre Wagen zu bestimmten Zeiten fahren läßt, wartet nicht auf die Vertragsangebote der Interessenten, sondern macht von sich aus Angebote zum Abschluß von Beförderungsverträgen. Dies sind aber Offerten ad incertam personam. Der in das Fahrzeug einsteigende Gast ist der annehmende Teil. Trotz ihrer unbestimmten Richtung sind auch diese Vertragsofferten empfangsbedürftig, auch sie durchlaufen einen Zeitpunkt, in dem sie noch nicht zugegangen sind, sodaß noch niemand aus ihrer bloßen Abgabe rechtliche Folgen ziehen kann. Man kann diese Fälle auch nicht dem von **Crome**[24]) geschilderten Fall unterordnen, bei dem der Empfänger einer empfangsbe-

22) Manigk, Willenserklärung § 58 S. 314.
23) Manigk, Willenserklärung § 58 S. 310; v. Tuhr § 61 S. 433; Enneccerus § 149 II 1 S. 394; Enneccerus-Nipperdey § 149 II 1 S. 489; Warneyer § 130 II S. 219, RG.Bd . 91 S. 60; H. Lehmann § 32 II. d. 2. S. 202.
24) Crome Bd. I S. 392.

dürftigen Willenserklärung nur zur Zeit noch unbestimmt sei und erst später durch ein nachträgliches Ereignis bestimmt werde. Der Empfänger des von Crome geschilderten Vertragsangebots unter der Zeitungschiffre E.H.1890 ist durch die Chiffre genau bestimmt. Er ist dem Erklärenden nur bisher noch unbekannt. Er ist aber genau so bestimmt wie ein Künstler, der unter seinem Künstlernamen Briefe erhält. Die Vertragsangebote der Autovermieter und Straßenbahnen sind dagegen unbestimmt. Denn sie richten sich an die Allgemeinheit der Interessenten. Trotzdem müssen auch sie zugehen. Nur das Maß des Zugangs ist im Gegensatz zu einer bestimmt gerichteten Willenserklärung ein geringeres. Denn Zugang ist immer nur die Verschaffung der Wahrnehmungsmöglichkeit.

Nach dieser Begriffsbestimmung ist auch für das Testament und zwar auch für das eigenhändige Privattestament Zugang zu fordern[25]). Auch bei ihm muß zur rechtlichen Wirksamkeit eine Tätigkeit des Erblassers verlangt werden, durch die das Testament in eine den Beteiligten zugängliche Lage gebracht wird, sodaß sie für den Fall des Todes den Inhalt des Testaments wahrnehmen könnten. Die Ansicht Plancks[26]), daß das Testament mit dem Tode des Erblassers bereits in Wirksamkeit trete, auch wenn keiner der Beteiligten Kenntnis davon erhalten hätte, ist richtig. Sie spricht aber nicht, wie Planck meint, gegen die Lehre, daß auch das Testament empfangsbedürftig sei. Denn der für die Empfangsbedürftigkeit erforderliche Zugang ist nicht die tatsächliche Kenntnisnahme, sondern nur die Möglichkeit derselben. Diese haben die Erben schon dann, wenn sie noch nicht wissen, wo das Testament sich befindet, es aber jederzeit erfahren können, oder wenn es vorher durch Zufall bereits untergegangen war, sein Inhalt — weil er zugänglich war — jedoch bewiesen werden kann. Deshalb trifft auch der gegenteilige Standpunkt Kipps[27]) nicht die Lehre Manigks. Kipp stößt sich offensichtlich an der Bemerkung Manigks, daß Erfordernis des Zugangs nicht die tatsächliche Kenntnisnahme sei, sondern nur die Möglichkeit der Kenntnisnahme. Daß also ein eigenhändiges Testament von dem Erblasser in eine zugängliche Lage gebracht sein müsse „„, und sich darin auch noch zur Zeit des Erbfalles befinden müsse". Diese letztere Tatsache wird von Manigk aber nur für den Normalfall aufgestellt. Sie ist keineswegs Erfordernis für den Zugang. Auch, wenn das Testament vor dem Erbfall zufällig untergeht, ist es den Beteiligten doch schon so nahe gebracht, daß sie es im Falle des Ablebens erfahren könnten. Die von Kipp gegen die Lehre Manigks angeführten Argumente gehen deshalb an den Ausführungen Manigks ,der in diesem Fall nur an den Normalfall denkt, vorbei, weil Kipp die Ausnahmefälle des zufälligen Untergangs vor dem Erbfall im Auge hat. Zugang einer Willenserklärung ist immer, auch bei § 130 BGB., der nach der überwiegenden Meinung nur für empfangsbedürftige Willenserklärungen zutreffen soll, nur die Verschaffung der Möglichkeit der Kenntnisnahme, nicht die Kenntnisnahme selbst.

Man mag aber immerhin die in der Rechtswissenschaft eingewurzelten Begriffe der empfangsbedürftigen und nicht empfangsbedürftigen Willens-

25) Manigk, Willenserklärung § 61 S. 329, 331.
26) Planck Vorb. § 116 1 S. 263.
27) Kipp § 11 Anm. 2 S. 37.

erklärung aufrechterhalten. Nur darf man nicht, wie früher häufig geschehen, in den Fehler verfallen, die Akte, die mangels eines Kundgebungszwecks überhaupt keine Erklärungen sind, der Gruppe der nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen einzuordnen. Diese Akte ohne Kundgebungszweck folgen anderen rechtlichen Regeln. Die Vorschriften über Willenserklärungen (§§ 104 BGB.) sind nur zum Teil auf sie anwendbar.

Das Erfordernis des Zugangs gilt auch bei den richterlichen und notariellen Testamenten und bei den außerordentlichen Testamentsformen. Hier ist die Willenserklärung zugegangen ,wenn die Behörde oder zuständige Stelle das Protokoll, das sie über den Widerruf eines Testaments aufnimmt, geschlossen hat. Mit dieser Handlung hat der Erblasser das für ihn Erforderliche in Bezug auf Verschaffung der Möglichkeit der Kenntnisnahme an die Beteiligten getätigt. Ob man wie Manigk[28]) hierbei die Behörden oder Notare als Interessenvertreter des wahren Adressaten ansieht oder wie eine Reihe anderer Autoren[29]), die sich an der Fassung „vor" im Gegensatz zu „an" stoßen, nicht, spielt für die Frage, ob die Willenserklärung zugehen muß oder nicht, d. h. ob der § 130 BGB. Anwendung findet oder nicht, keine entscheidende Rolle. Immer ist durch die Tätigkeit des Erblassers, der vor oder gegenüber einer Behörde eine Erklärung abgibt, den Beteiligten die Möglichkeit der Kenntnisnahme verschafft. Denn durch die Erklärung an die Behörden genügt der Erklärende nur einer Pflicht des Gesetzes, das für besondere Fälle einer Willenserklärung die Art des Zugangs durch Abgabe der Erklärung an die Behörden regelt.

Zur Gültigkeit eines Testaments ist deshalb erforderlich, daß der durch das Testament verwirklichte Erfolgswille erklärt wird, und daß der Erklärende das seinerseits Erforderliche getan haben muß, um den Beteiligten das Testament zugänglich zu machen. Nur ein diesen Erfordernissen entsprechendes Testament, das sich als eine empfangsbedürftige Willenserklärung darstellt, ist frei widerruflich. Ein Testament, das der Erblasser nach der Errichtung in einem eisernen Kasten ins Meer versenkt, ist deshalb mit Manigk[30]) als ein testamentum nullum anzusehen, das eines Widerrufs weder fähig noch bedürftig ist. Denn es fehlt hierbei an dem rechtlichen Erfordernis, daß der Erblasser sich kundgebend an die Rechtsgenossen wendet.

2. Die Testierfähigkeit des Erblassers.

Der in einem Testament zum Ausdruck gekommene Wille des Erblassers unterliegt wie alle Willenserklärungen auch den allgemeinen Vorschriften des BGB. Voraussetzung für die Abgabe von Willenserklärungen ist nach dem allgemeinen Teil des BGB. die Geschäftsfähigkeit. Für die Akte der Testamentserrichtung ist jedoch die Geschäftsfähigkeit durch die besonderen Bestimmungen des Erbrechts über die Testierfähigkeit geregelt. Doch kommen die Vorschriften über die Testierfähigkeit nach dem BGB. bei der allgemeinen Rechtsfähigkeit nicht nur allein in Betracht. Die in den §§ 2229, 2230

28) Manigk, Willenserklärung § 59 S. 323.

29) z. B. Kipp § 11 S. 37; Enneccerus § 136 A. 4. S. 354; Enneccerus-Nipperdey § 136 A. 4. S. 444; v. Tuhr § 61 IV S. 453; H. Lehmann § 25 I b S. 134.

30) Manigk, Willenserklärung § 61 S. 329; Kipp § 11 Anm. 2 S. 37.

BGB. enthaltenen einschlägigen Bestimmungen finden in den allgemeinen Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit (§ 104 ff. BGB.) ihre Ergänzung. Denn die Testierfähigkeit ist nur eine besondere Art der Geschäftsfähigkeit[31]).

Soweit es sich bei den verschiedenen Arten des Widerrufs von Testamenten um rechtsgeschäftliche Akte handelt[32]), gelten diese für die Testamentserrichtung gegebenen Vorschriften über die Testierfähigkeit auch für den Widerruf. Auch bei den rechtsgeschäftlichen Akten des Testamentswiderrufs ist deshalb Testierfähigkeit zu fordern. Unfähig sind daher nach § 104 BGB. zur Vornahme von Willensbetätigungen und deshalb auch zum rechtsgeschäftlichen Widerruf eines Testaments Geschäftsunfähige, also Kinder unter 7 Jahren, Personen, die wegen Geisteskrankheit entmündigt sind und solche, die sich tatsächlich in einem nicht nur vorübergehenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinden, der die freie Willensbestimmung ausschließt. Ist die Störung der Geistestätigkeit nur eine vorübergehende, so ist der Erklärende zwar nicht geschäftsunfähig, doch seine Willenshandlungen und der rechtsgeschäftliche Testamentswiderruf sind nichtig nach § 105 Abs. 2 BGB. Die Beweislast für die Testierunfähigkeit oder für die nur vorübergehende Störung der Geistestätigkeit trägt nach der herrschenden Lehre[33]) derjenige, der sich darauf beruft. Denn nach dem Wortlaut des BGB. betrachtet dieses Personen, die ein Rechtsgeschäft tätigen, als geschäftsfähig. Die Ausnahme der Geschäftsfähigkeit muß deshalb der nachweisen, der rechtliche Folgen daraus ziehen will.

Personen, die in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind, sind nach § 2229 BGB. voll testierfähig. Sie können also selbständig ohne Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter Testamente errichten. Eine Ausnahme erleidet diese Vorschrift für Minderjährige unter 16 Jahren und Personen, die wegen Geistesschwäche, Trunksucht oder Verschwendungssucht entmündigt sind (§ 2229 Abs. 2 und 3 BGB.). Diese können also ein Testament nicht errichten. Für den Widerruf von Testamenten ist die Fähigkeit des Erblassers zum Widerruf durch § 2253 Abs. 2 BGB. noch dahingehend erweitert, daß auch die wegen Geistesschwäche, Trunk- oder Verschwendungssucht entmündigten Personen rechtswirksam einen Widerruf des vor der Entmündigung errichteten Testaments vornehmen können. Zur Aufhebung eines Testaments durch Errichtung eines neuen gemäß § 2258 BGB. ist aber der Entmündigte ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters nicht befugt. Denn der Erblasser erklärt in diesem aufhebenden Testament einen neuen Inhalt, er trifft neue Verfügungen zu deren Erklärung er voll testierfähig sein muß[34]).

Der entmündigte Erblasser kann also einem vor der Entmündigung errichteten Testament nach der Entmündigung dadurch wieder Geltung ver-

31) Planck § 2229 1 S. 699; Staudinger §§ 2253—57 S. 788; Kretschmar § 15 I S. 71.

32) Welche Arten rechtsgeschäftlicher Natur sind, ist erst im zweiten Abschnitt dieses Teiles der Abhandlung zu untersuchen.

33) So schon für das gemeine Recht ROHG. Bd. 17 S. 103; für das bürgerliche Recht Enneccerus § 141 II S. 367; Enneccerus-Nipperdey § 141 II S. 459; Rosenberg, Beweislast S. 100; RG. Warn. 1913 Nr. 108; a. M. dagegen Fr. Leonhard, Beweislast S. 305.

34) RGR.Komm. § 2253, 2 S. 308; Warneyer Bd. II § 2253 S. 1289; Kretschmar § 21 I. 3. S. 102.

schaffen, wenn er ein zweites vor der Entmündigung errichtetes aufhebendes Testament widerruft. Er kann aber auch den vor der Entmündigung erfolgten testamentarischen Widerruf nach der Entmündigung abermals widerrufen und so ebenfalls das erste Testament wieder in Kraft setzen. Denn es ist für das zu widerrufende Testament gleichgültig, ob dieses positive letztwillige Verfügungen enthält oder lediglich einen Widerruf[35]). Das Argument Strohals[36]), das gemäß § 2253 Abs. 2 BGB. nur ein Testament positiven Inhalts aufgehoben werden könne, ist aus dem Gesetz nicht ersichtlich. Sowohl Abs. 1 wie Abs. 2 sprechen von der Widerrufsmöglichkeit eines errichteten Testaments. Und daß auch ein testamentarischer Widerruf ein Testament ist, läßt sich m. E. nicht leugnen[37]). Ein erst nach der Entmündigung erfolgter Widerruf ist jedoch, solange die Entmündigung anhält, nicht widerrufsfähig. Gegen diese Ansicht wendet sich Kipp[38]) mit der Begründung, ein im Stande der Entmündigung errichtetes Testament könne nicht widerstandsfähiger sein als ein bei voller Geschäftsfähigkeit errichtetes. Auch ein nach der Entmündigung erfolgter testamentarischer Widerruf könne also nochmals widerrufen werden. Die Ansicht, die auf den ersten Blick hin etwas für sich zu haben scheint, widerspricht aber einmal dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes, der dem Entmündigten nur noch einmal die Möglichkeit an die Hand geben will, seine Absichten zu ändern. Zum anderen würde es aber auch zu unbilligen Ergebnissen führen im Hinblick auf die verschiedenen Widerrufsakte. Denn ein entmündigter Erblasser könnte — folgt man der Ansicht Kipps — ein Testament nach der Entmündigung durch Testament widerrufen und durch ein zweites den Widerruf widerrufendes Testament gültig machen und so fort. Hatte der Erblasser aber das erste vor der Entmündigung errichtete Testament nach der Entmündigung durch Vernichtung widerrufen, so kann er diesem nicht mehr zur Gültigkeit verhelfen. Denn er müßte dann, da das erste Testament nicht mehr vorhanden ist, ein neues errichten, das aber wegen fehlender Testierfähigkeit nichtig wäre. Es läge also nur in dem Verhalten des entmündigten Erblassers, welche Intensität er zur Betätigung seines Widerrufswillens aufwendet, um auch weiterhin aktiv widerrufsfähig zu bleiben. Ein Moment, das man doch unmöglich in die Willenssphäre eines Entmündigten legen kann.

Im Gegensatz zu diesen Grundsätzen ist, soweit es sich bei der Widerrufshandlung um einen nicht rechtsgeschäftlichen Akt handelt, die Widerrufsfolgen vielmehr nach der gesetzlichen Norm ohne, ja sogar gegen den ausdrücklichen Willen des Erblassers kraft Gesetzes eintreten, ein Widerrufswille und damit für diesen auch eine Geschäftsfähigkeit nicht zu fordern. Ein Erblasser könnte deshalb auch ein Testament nach erfolgter Entmündigung durch eine solche Handlung widerrufen. Denn zu denjenigen Handlungen, bei denen der auf den Rechtserfolg gerichtete Wille nicht gefordert wird, müssen auch Geschäftsunfähige grundsätzlich zugelassen werden[39]). Die einzige

35) Planck § 2253 4. S. 760; RGR.Komm. § 2253 2. S. 308; Fr. Leonhard § 2253 II. Bd. 3. S. 406.

36) Strohal § 42 Anm. S. 311; ebenso Kretschmar § 21. I. 3. S. 102.

37) Dagegen auch Küntzel bei Gruchot Bd. 41 S. 599.

38) Kipp § 21 IV. Anm. 21 S. 81.

39) Manigk, Willenserklärung § 169 S. 693; Rechtsg. S. 217.

gesetzliche Bestimmung, die einen Widerruf auch ohne den Aufhebungswillen des Erblassers kraft Gesetzes enthält, ist der § 2256 BGB.[40]). Hier ist der Erfolgswille des Erblassers, das Testament zu entkräften, unwesentlich. Das Testament gilt vielmehr als widerrufen, wenn es dem Erblasser zurückgegeben ist. Wesentlich ist lediglich der Wille des Erblassers, das Testament zurückzuerhalten und die Rückgabe des letzteren an ihn. Eine Wiedererlangung der Testamentsurkunde ohne den Willen, das Testament ausgehändigt zu erhalten, hat auf die Gültigkeit des Testaments keinen Einfluß. Die Aushändigung aber, die von dem Empfangswillen des Erblassers getragen sein muß, kann naturgemäß von einem Willensunfähigen oder Geschäftsbeschränkten nicht vorgenommen werden. Es ist deshalb auch in diesem Fall von dem widerrufenden Erblasser das gleiche Maß von Geschäftsfähigkeit zu fordern wie bei den anderen Widerrufshandlungen. Denn der Widerrufshandlung gemäß § 2256 BGB. ist eine besondere innere Tatsache eigen, die ein gewisses Maß von Geschäftsfähigkeit voraussetzt[41]).

3. Persönliches Handeln des Erblassers; Handlungen eines Stellvertreters; Benutzung von Handlungen Dritter oder zufälliger Ereignisse.

Wie die Fragen der Fähigkeit, Testamente zu errichten oder zu widerrufen, so sind auch die Fragen, ob der Erblasser ein einmal errichtetes Testament selbst widerrufen muß oder ob und inwieweit er diese Handlungen auch von anderen vornehmen lassen kann, nach den allgemeinen Grundsätzen des BGB. unter Beachtung der besonderen erbrechtlichen Bestimmungen zu entscheiden.

Entgegen der allgemeinen Vorschrift des § 164 BGB., der die Möglichkeit der Stellvertretung bei allen Rechtsgeschäften grundsätzlich zuläßt, ist durch § 2064 BGB. für die Errichtung eines Testaments die Stellvertretung ausdrücklich ausgeschlossen worden. „Der Erblasser kann ein Testament nur persönlich errichten." Dasselbe gilt naturgemäß auch für den testamentarischen Widerruf eines Testaments. Denn das den Widerruf enthaltende Testament muß eine den sämtlichen Formerfordernissen des § 2231 BGB. entsprechende Urkunde sein.

Ebenfalls kann auch nur persönlich der Erblasser einen Widerruf gemäß § 2256 BGB. vollziehen. Denn abgesehen davon, daß hier die Rechtsfolgen des Widerrufs eintreten auch ohne den Willen des Erblassers — eine Stellvertretung ist mithin schon begrifflich ausgeschlossen — gilt laut der ausdrücklichen Vorschrift nur die Rückgabe der amtlich verwahrten Urkunde eines öffentlichen Testaments an den Erblasser persönlich als Widerruf des Testaments.

In diesen beiden Fällen ist also nicht nur eine Stellvertretung ausgeschlossen, sondern auch ein nur tatsächliches Handeln eines Dritten.

---

40) Das Nähere über die Rechtsnatur dieser Widerrufshandlung vgl. § 6 dieser Abhandlung.

41) So auch die herrschende Lehre. Planck § 2256, 2. S. 765; RGR.Komm. § 2256 1. S. 310; Staudinger § 2253—2257 S. 792; Sörgel § 2256 1. S. 1886; Strohal § 42 III. 3c S. 316; bes. aber die zutreffenden Ausführungen bei Manigk, Willenserklärung § 169 S. 693 ff.

Anders steht es für die Handlungen eines Dritten nur mit dem Widerruf gemäß § 2255 BGB. durch Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde. Es ist allgemein anerkannt, daß es der Vornahme der Widerrufshandlung gleichzuachten ist, wenn die Handlung auf Geheiß des Erblassers von einer anderen Person vorgenommen wird. Der Erblasser kann also die Vernichtung oder Durchstreichung eines Testaments auch einem anderen übertragen [42]). Der Dritte ist aber dann nur Ausführungsorgan in der tatsächlichen Handlung des Erblassers, eine Vertretung im Widerrufswillen findet auch hier nicht statt. Die Stellvertretungsgrundsätze finden deshalb auf derartige vom Erblasser veranlaßte Handlungen eines Dritten keine Anwendung. Eine Stellvertretung wäre auch ein Verstoß gegen die Bestimmung des § 2064, wonach ein Erblasser eine letztwillige Verfügung nur persönlich treffen kann. Ist der eine Vernichtung ausführende Dritte aber Vertreter im Willen des Erblassers, dann trifft nicht dieser, sondern der Vertreter die Verfügung [43]). Nach dem Tode des Erblassers kann auch der Dritte nicht mehr als Werkzeug tätig werden. Denn der Widerruf kann nur zu Lebzeiten des Erblassers vorgenommen werden, da das Testament mit dem Tode des Testators bereits in Kraft tritt. War die Vernichtung des Testaments zwar aufgetragen aber noch nicht ausgeführt, so liegt noch kein Widerruf vor. Denn der Auftrag allein stellt noch keine Widerrufshandlung dar [44]).

Streitig ist aber in der Literatur, ob die Vernichtung einer Testamentsurkunde durch einen Dritten ohne oder auch gegen den Willen des Erblassers später von diesem noch gebilligt werden kann. Nach verbreiteter Auffassung [45]) ist ein von einem Dritten unbefugt vernichtetes Testament auch trotz der späteren Billigung durch den Erblasser noch wirksam, es sei denn, daß der Testator später in einer testamentarischen Verfügung der Vernichtung zustimmt, wo sie dann als ausdrücklicher Widerruf wirkt. Der Grund hierfür soll nach dieser Ansicht darin liegen, daß die Vernichtungshandlung des unbefugten Dritten eine nur tatsächliche sei und nicht eine rechtsgeschäftliche Handlung. Eine nach außen hin wirksame Genehmigung dieser Handlung könne deshalb nicht mehr vom Erblasser vorgenommen werden. Denn die Vorschriften der §§ 182, 185 BGB. über die Genehmigung finden nur auf rechtsgeschäftliche Akte Anwendung. Aber einmal möchte ich bestreiten, daß diese Handlung des Unbefugten eine nur tatsächliche ist. Sie wird doch von dem Dritten nur vorgenommen, in der Absicht, Rechtswirkungen zu erzeugen. Die möglichen Rechtsfolgen sind also nur der Ausfluß seines inneren Willens. Daß im Falle der Entdeckung durch diese unbefugte Handlung keine Rechtswirkungen erzeugt werden, stempelt die Handlung nicht zu einer nur tatsächlichen. Denn auch den sittenwidrigen und wucherischen Rechtsgeschäften bleibt, falls sich eine der Parteien auf deren Nichtigkeit stützt, der

42) Strohal § 42 III 2 Anm. 9 S. 313; Planck § 2255 2 a S. 670; RGR.-Komm. § 2255 S. 663; Fr. Leonhard § 2255 III S. 407; Crome Bd. V Note 39 S. 118; KG. HRR. 1929 Nr. 1653.

43) Maenner L.Z. 1925 Sp. 570.

44) RGR.Komm. § 2255 1. S. 309; RG. in Seuff.Arch. Bd. 70 Nr. 248; Kipp § 21 Anm. 5 S. 72; OLG. Bd. 26 S. 364.

45) Planck § 2255 2 a S. 670; RGR.Komm. § 2255 III S. 663; Fr. Leonhard § 2255 III. S. 407; Crome Bd. V S. 118.

rechtliche Erfolg versagt. Trotzdem bleiben die sittenwidrigen Rechtsgeschäfte auch Rechtsgeschäfte, ohne daß Rechtswirkungen daraus entstehen. Zum anderen aber liegt in dem Einverständnis des Testators mit der Vernichtung der Testamentsurkunde keine Genehmigung im Sinne des § 182 BGB. Vielmehr widerruft der Erblasser seinerseits das Testament unter Benutzung der früher erfolgten Handlung eines unbefugten Dritten. Nicht also die Vernichtung des Testaments durch den Dritten ist der Widerruf, der noch der Genehmigung bedarf und genehmigt wird, sondern erst aus dem späteren maßgebenden Verhalten des Erblassers wird sein Widerrufswille ersichtlich. Die Vernichtungshandlung des Dritten selbst bleibt, obwohl der Erblasser unter Benutzung dieser Handlung sein Testament widerruft, rechtswidrig. Sie wird nicht durch das Verhalten des Erblassers geheilt. Dessen Verhalten ist eine neue selbständige Handlung und keine Genehmigung der früheren unbefugten Handlung als solchen [46]).

Auch die Auffassung Fr. Leonhards [47]), daß dann auch ein zufälliger Testamentsuntergang für einen Widerruf gemäß § 2255 genügen müsse, wenn der Erblasser sich hinterher damit einverstanden erklärt, ist kein Beweis gegen die eben dargelegte Folgerung. Denn in der Tat kann auch unter Benutzung des zufälligen Untergangs der Urkunde der Widerruf des Testaments erfolgen, wenn der Erblasser sein Einverständnis mit dieser Tatsache nachträglich zu erkennnen gibt. Die gegenteilige Ansicht Leonhards ist eine Folge der unrichtigen früheren Lehre, daß jedes Rechtsgeschäft — und dazu gehört auch der Widerruf des Testaments durch Vernichtung — zu seiner Wirksamkeit einer Willenserklärung bedürfe. Das spätere Nichttätigwerden des Erblassers, wodurch er sich mit der Vernichtung des Testaments als Ausdruck seines jetzigen Widerrufswillens einverstanden erklärt, ist keine Willenserklärung. Es ist jedoch eine ausreichende Betätigung des inneren Willens, das Testament zu widerrufen. Auch der zufällige Untergang eines Testaments also kann dazu führen, daß es seine Kraft verliert, wenn der Erblasser nachträglich dieses Ereignis billigt [48]). Das geht sogar soweit, daß ein Erblasser, der sein Haus selbst in Brand steckt und so unbeabsichtigt auch den Untergang seines Testaments mitverursacht, auch diesen Umstand zu einem nachträglichen Widerruf steigern kann. Denn für die Frage des Widerrufs durch Vernichtung ist auch ein selbst herbeigeführtes Ereignis ein „zufälliges" im Sinne jener Lehre.

Dieses Ergebnis entspricht auch der auf die geschichtliche Entwicklung gegründeten Anschauung, daß die Vernichtung eines Testaments ohne Zutun des Erblassers dessen Wirksamkeit nicht beeinflusse [49]). Hat es der Erblasser absichtlich unterlassen, trotz des zufälligen Untergangs der Urkunde ein neues Testament zu errichten, so hat er seinen Widerrufswillen in ausreichender Weise betätigt, zumal der Gedanke, nach der zufälligen Vernichtung der

---

46) P. Klein, Arch. f. Bürg. Recht Bd. 40 S. 196; Neumann Bd. II § 2255 Note 2 C. S. 627; A. M. Sörgel § 2255 III. S. 1886; Cosack Bd. II § 358 Anm. 7 b.

47) Fr. Leonhard a.a.O.

48) P. Klein, Arch.f.Bürg. Recht Bd. 40 S. 196; Kipp § 21 II 2 Anm. 8 S. 79.

49) Vgl. § 2 dieser Abhandlung sowie Planck § 2255 5. S. 764; Staudinger § 2253—57 III. B. S. 790; RG. in L.Z. 1920 Sp. 387; KG. Bd. 51 S. 95; Eichhorn-Goldmann S. 101.

Testamentsurkunde das Testament noch in gesetzlicher Form zu widerrufen, für ihn außerordentlich fern liegen muß.

Der Sache nach kommt allerdings eine solche Beachtung des wahren letzten Willens gegen die letztwillige Verfügung auf die Zulassung eines formlosen Widerrufs hinaus. Eine solche ist dem Erbrecht aber nicht fremd. Denn einmal will gerade der § 2255 den Widerruf durch Zulassung von schlüssigen Handlungen, der schwächsten Form einer Willensbetätigung, erleichtern. Sodann kann aber ein Erblasser überhaupt auch ohne an der Testamentsurkunde irgend etwas vorzunehmen, jede letztwillige Verfügung dadurch unwirksam machen, indem er beispielsweise durch Verschleudern der Erbmasse ihr die sachliche Grundlage entzieht [50]). Es ist deshalb nicht einzusehen, warum ein Erblasser den zufälligen Untergang seines Testaments nicht zu einem Widerruf benutzen können soll, wenn er durch absichtliches Nichttätigwerden seinen Widerrufswillen zu tage treten läßt.

Zweiter Abschnitt.

Die einzelnen Arten des Widerrufs.

§ 4. Der Widerruf durch Testament gemäß § 2254.

§ 2254 BGB. lautet: „Der Widerruf erfolgt durch Testament." — Alle Testamente, die den gesetzlichen Formerfordernissen entsprechen, können durch eine neue testamentarische Verfügung widerrufen werden, wenn der Erblasser die erforderlichen Fähigkeiten zum Widerruf besitzt. Bei dem Widerruf braucht der Erblasser nicht dieselbe Testamentsform zu wahren, in der er das zu widerrufende Testament errichtet hatte [51]). Es kann deshalb ein in öffentlicher Form errichtetes Testament auch durch ein eigenhändiges Testament widerrufen werden. Auch die Formen des Nottestamentes sowie die eines anderen außerordentlichen Testaments stehen dem Erblasser zur Betätigung seines Widerrufswillens offen. Notwendig ist nur, daß zur Zeit der Errichtung des den Widerruf enthaltenen Testaments die gesetzlichen Voraussetzungen für eine solche Errichtungsform gegeben sind. Die Vorschrift der zeitlichen Beschränkung des § 2252 BGB. gilt aber auch für die den Widerruf enthaltenden außerordentlichen Testamente. Gilt deshalb gemäß § 2252 BGB. das widerrufende Testament als nicht errichtet, so ist auch der Widerruf hinfällig [52]). Umgekehrt kann der Erblasser aber auch ein Nottestament vor Ablauf der Frist des § 2252 in jeder ihm durch Gesetz zur Verfügung stehenden Testamentsform widerrufen. Widerruft ein Erblasser ein vor einem Richter oder Notar errichtetes Testament in der gleichen Form, so ist es nicht notwendig, daß er sich dazu an denselben Richter oder Notar wendet, vor dem seinerzeit die Testamentserrichtung stattgefunden hat. Jede andere gesetzlich zugelassene Stelle ist berechtigt, den Widerruf entgegen zu nehmen. Auf diese Weise ist es allerdings möglich, daß das widerrufene Testament in amtlicher Ver-

50) Lange, Iherings Jahrb. Bd. 82 S. 8, 30, 33.
51) Planck § 2254 1. S. 760; Staudinger § 2253—57 III. A. S. 789; Warneyer § 2254 S. 1289; Stölzle S. 43; Eichhorn-Goldmann S. 99.
52) Strohal § 42 III. 1. S. 312; Staudinger § 2253—57 III. A. S. 789; Eichhorn-Goldmann S. 99.

wahrung bleibt, wogegen das widerrufende entweder überhaupt nicht — die Vorschrift des § 2246 BGB. über die amtliche Verwahrung ist nur eine Sollvorschrift und das öffentliche Testament ist auch ohne die Verwahrung gültig — oder bei einer anderen Stelle in amtliche Verwahrung gebracht wird.

Der Widerruf kann den alleinigen Inhalt des Widerrufstestaments bilden. Es ist jedoch zulässig, daß das Widerrufstestament gleichzeitig neue Verfügungen positiven Inhalts enthält. Zur Aufnahme von neuen positiven Bestimmungen ist jedoch nur ein voll testierfähiger Erblasser befugt. Die Ausnahmevorschrift des § 2253 Abs. 2 BGB. gilt für diese neuen letztwilligen Verfügungen nicht. Ist deshalb von einem wegen Geistesschwäche entmündigten Erblasser ein Testament widerrufen worden und zugleich neue positive Verfügungen getroffen worden, so sind in erster Linie nur diese Verfügungen nichtig. Läßt jedoch der Inhalt des Widerrufs erblicken, daß er nur mit Rücksicht auf die neuen Bestimmungen ausgesprochen worden ist, so zieht die Unwirksamkeit der neuen Verfügungen auch die des Widerrufs nach sich[53]).

1. Die Willensbetätigung des Erblassers.

Hat der Erblasser die Absicht, sein Testament in der Form des § 2254 zu widerrufen, so muß er diesem Willen gemäß den Vorschriften der §§ 2231, 2249—2251 BGB. Gestalt verleihen. Die bloße mündliche Mitteilung von einem nach der irrigen Meinung des Erblassers bereits erfolgten Widerrufs entkräftet das Testament nicht, selbst wenn derjenige, an den sich die Mitteilung richtete, deren Richtigkeit nachweisen kann. Auch ein formloser tatsächlicher Widerruf ist im Gegensatz zum preußischen Recht[54]) nicht möglich. Lediglich für Vermächtnisse ist durch § 2172 BGB. dem Erblasser die Möglichkeit gegeben, die Leistung des Vermächtnisses durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung oder Umbildung unmöglich zu machen.

Die testamentarische Erklärung des Erblassers, sein Testament zu widerrufen, muß in allen Teilen den Formerfordernissen eines Testaments entsprechen. So ist auch hier zu beachten, daß der Erblasser nur persönlich den Widerruf vornehmen kann. Der Widerruf muß also von dem Erblasser dem Richter oder Notar persönlich erklärt werden. Allerdings ist es zulässig, daß der Erblasser eine von einem anderen geschriebene Urkunde übergibt mit der Erklärung, daß dies sein letzter Wille sei. Die Niederschrift des privatschriftlichen Widerrufs mit Datum und Unterschrift muß dagegen in allen Teilen von dem Erblasser eigenhändig vollzogen sein. Ist auch nur eine Verfügung des Testaments nicht eigenhändig geschrieben — z. B. in Schreibmaschinenschrift oder unter Benutzung eines Vordrucks — so kann dadurch das Testament in seiner Gesamtheit unwirksam werden. Ein Testament aber, das zunächst wegen Vordrucks der Ortsangabe nichtig ist, kann dadurch gültig werden, wenn der Erblasser einen Nachtrag hinzusetzt und diesen datiert. Das aber nur, wenn der Nachtrag in einer räumlichen Verbindung mit dem nichtigen Testament steht, sodaß ersichtlich ist, daß diese

53) Planck § 2254 3. S. 761.
54) RG. Bd. 16 S. 243; Bd. 34 S. 301.

beiden Verfügungen zusammen den letzten Willen des Erblassers ergeben sollen [55]). Auch die Angabe des Ortes und der Zeit des Widerrufs sind von dem Erblasser genau und richtig anzugeben. Befindet sich der Erblasser nicht mehr am Ort der Errichtung des zu widerrufenden Testaments, so hat er seinen neuen augenblicklichen, sei es auch nur vorübergehenden Aufenthaltsort anzugeben [56]). Als Datum ist der Tag anzugeben, an welchem das Testament zu Ende geschrieben worden ist und durch die Unterschrift abgeschlossen ist. Falsche Angabe des Datums kann ein Testament nichtig machen [57]). Doch ist es keine falsche Datierung, wenn der Erblasser ein Testament, an dem er über Mitternacht hinausgeschrieben hat, mit dem Datum des eben verflossenen Tages versieht [58]). Eine Datierung mit Ostern oder Weihnachten 19.. ist ungültig, da daraus nicht ersichtlich ist, an welchem der beiden Feiertage der Akt der Testamentserrichtung vollendet worden ist [59]). An welcher Stelle das Datum zu stehen hat, sagt das Gesetz nicht. Denn aus den Worten des § 2231 BGB. „unter Angabe des Ortes und des Tages" ergibt sich nichts für die Stellung des Datums. Sie besagen ebensowenig wie das Wort daté in Art. 970 code civil, dem das deutsche Privattestament nachgebildet ist [60]). Nur muß es so stehen, daß es noch durch die Unterschrift gedeckt ist. Sind in einem Testament sowohl am Anfang als auch am Schluß Ort und Zeit angegeben, so gilt unzweifelhaft nur das letztere. Denn an diesem Tage ist das Testament offensichtlich von dem Erblasser abgeschlossen worden und mit dem zweiten jüngeren Datum versehen worden [61]). Die Unterschrift muß den vollen Namen des Erblassers enthalten. Nicht ausreichend ist eine bloße Unterzeichnung mit dem Vornamen. Denn nach Urkundengebrauch ist nur die Unterzeichnung mit dem Familiennamen zulässig [62]). Eine Ausnahme ist nur zu machen bei Klosterschwestern oder -brüdern. Diese können auch mit ihrem nur aus einem Vornamen bestehenden Namen unterzeichnen [63]). Eine Unterschrift wie „Eure Mutter" oder „der Obige" ist ebenfalls nicht genügend als Unterschrift eines Testaments [64]). Durch die Unterschrift wird auch ein Widerruf, der zum Teil im Zustand der Testierunfähigkeit abgegeben worden ist, gedeckt, wenn nur an diesem Tage der Erblasser voll widerrufsfähig war. Nicht aber kann ein Widerruf, der im Stande der Testierunfähigkeit abgegeben worden ist — natürlich nur soweit nicht § 2253 Abs. 2 Platz greift — dadurch gültig werden, wenn der Erblasser später die Testierfähigkeit wieder erlangt [65]). Nicht notwendig ist dagegen, daß der Widerruf in einem Zuge niedergeschrieben worden ist. Die sogenannte unitas actus wird im heutigen Recht

---

55) RG. Bd. 115 S. 113/114.

56) OLG. Bd. 5 S. 349; Bd. 12 S. 380; KG. Bd. 58 S. 79.

57) Manten bei Gruchot Bd. 43 S. 641; Herzfelder in JW. 1923 S. 594; Warneyer 1925 S. 29.

58) RG. Bd. 136 S. 127.

59) Stölzle S. 33; Rausnitz S. 7, 8.

60) Zimmer in Arch. f. Bürg. Recht Bd. 24 S. 22.

61) KG. Bd. 37 S. 260.

62) Kipp § 13 Anm. 25 S. 46; a. M. KG. Bd. 45 S. A. 117; RG. Bd. 87. S. 111; KG. in JW. 1915 S. 1382.

63) KG. in DJZ. 1914 S. 173; Kipp § 13 Anm. 25 S. 46.

64) Kipp § 13 IV S. 46; RG. Bd. 134 S. 310.

65) RG. Bd. 111. S. 252.

nicht mehr gefordert [66]). Die bloße briefliche Mitteilung des Erblassers an den Bedachten oder sonstige Dritte, daß er sein Testament widerrufe, genügt nicht. Nur wenn in dem Brief die Form des eigenhändigen Testaments gewahrt ist und es sich hierbei nach dem Willen des Erblassers um eine rechtsverbindliche Erklärung handeln soll und nicht nur um einen Entwurf einer solchen, kann auch eine briefliche Mitteilung als Widerruf angesehen werden. Verstößt der Erblasser auch nur gegen eine Formvorschrift bei der Errichtung des testamentarischen Widerrufs, so ist der ganze Widerruf hinfällig. Die Ungültigkeit des Widerrufs wird auch nicht dadurch geheilt, daß der Erblasser in einem späteren Testament diesen Widerruf für fortgeltend erklärt. Wohl aber kann er durch ein späteres Testament, in das er die ungültige Widerrufserklärung aufnimmt, diese zu einer gültigen machen [67]). Vermerke wie „Gilt nicht, annulliert" oder „Verbrennen" usw. ohne weitere Zusätze haben als testamentarischer Widerruf gar keine rechtliche Bedeutung.

Nach § 2257 BGB. ist es dem Erblasser auch erlaubt, seinen testamentarischen Widerruf abermals zu widerrufen. Dem Erblasser stehen hierzu alle gesetzlich zugelassenen Formen eines Widerrufs, §§ 2254 – 2256 BGB., zur Verfügung. Auch kann der Widerruf des Widerrufs in einem Erbvertrag ausgesprochen werden (§ 2299 BGB.). Widerruft der Erblasser seinen testamentarischen Widerruf abermals durch Testament, so hat er auch hier alle Formvorschriften zu beachten.

Endlich kann auch der Erblasser seinen Widerruf von einer Bedingung abhängig machen. Eine dergestalt widerrufene Zuwendung wird dadurch von einer auflösenden Bedingung abhängig gemacht. Der § 2074 BGB. findet deshalb, da es sich nicht um eine aufschiebende Bedingung handelt, keine Anwendung [68]).

2. Die rechtliche Natur des Widerrufs nach § 2254.

Wie der testamentarische Widerruf eines Testaments formell den Erfordernissen eines Testaments entsprechen muß, so ist auch dessen rechtliche Natur nach den in § 3, 1 dieser Abhandlung gewonnenen allgemeinen Grundsätzen des Testamentsrechts zu würdigen. Auch der Widerruf durch Testament ist deshalb ein Rechtsgeschäft, zu dessen Bestandteil die Erklärung des inneren Willens notwendig ist. Denn auch hier treten die erbrechtlichen Wirkungen nur ein, weil sie vom Erblasser beabsichtigt sind. Auch hier ist es nötig, daß sich der Erblasser durch den Widerruf kundgebend an die Rechtsgenossen wendet. Auch muß die Willenserklärung, durch die der Erblasser den Widerruf ausdrückt, zugehen. Sie ist also in dem dargelegten Sinne empfangsbedürftig. Der Erblasser muß das seinerseits Erforderliche tun, um den Erben oder Dritten die Möglichkeit der Kenntnisnahme zu verschaffen. Geht der Widerruf dann trotzdem vor dem Erbfall unter, so war er doch schon zugegangen. Das Widerrufstestament ist deshalb ebenso wie das ur-

66) Staudinger § 2253 – 57 V. C. 4. S. 747; Achilles-Greif § 2231 Anm. 10 S. 1088; Zimmer, Arch. f. Bürg. Recht Bd. 24 S. 21; Kretschmar § 18 III 1 S. 94.

67) Warneyer 1917 Nr. 59; 1925 Nr. 29; RG. in JW. 1926 S. 541.

68) Planck § 2253 3. S. 760; RGR.Komm. § 2253 1. S. 308; Crome § 655 III; Kretschmar § 21 II. 1 e S. 104; Fr. Leonhard § 2254 IV, S. 406.

sprüngliche Testament ein Rechtsgeschäft durch empfangsbedürftige Willenserklärung[69]).

§ 5. Der Widerruf durch Vernichtung oder Veränderung gemäß § 2255.

§ 2255 BGB. bestimmt:

„Ein Testament kann auch dadurch widerrufen werden, daß der Erblasser in der Absicht, es aufzuheben, die Testamentsurkunde vernichtet oder an ihr Veränderungen vornimmt, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt.

Hat der Erblasser die Testamentsurkunde vernichtet oder in der bezeichneten Weise verändert, so wird vermutet, daß er die Aufhebung des Testaments beabsichtigt habe."

Im Gegensatz zu den sonst so formenstrengen Grundsätzen des Testamentsrechts hat das BGB. in diesem wie in dem folgenden Paragraphen zwei Widerrufsarten gesetzlich festgelegt, die formfrei erfolgen können. Nicht die Erfüllung gewisser gesetzlicher Formerfordernisse, sondern lediglich das von dem Willen des Erblassers getragene Verhalten sowie eine von dem Erblasser vorgenommene Tathandlung löst die Widerrufswirkung aus.

Der Widerruf gemäß § 2255 BGB. ist besonders bei eigenhändigen Privattestamenten von praktischer Bedeutung. Doch ist seine Anwendung bei einem in öffentlicher Form errichteten Testament grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Zwar wird, solange sich ein solches Testament in amtlicher Verwahrung befindet, dem Erblasser die Einwirkungsmöglichkeit regelmäßig unmöglich sein. Und ist das Testament einmal dem Erblasser mit dessen Willen aus der amtlichen Verwahrung ausgehändigt worden, so gilt es nach dem Gesetz bereits ohne weitere Handlungen als widerrufen. Trotzdem kann es jedoch möglich sein, daß dem Erblasser — sei es auch in rechtswidriger Weise — der Zugang zu dem in amtlicher Verwahrung sich befindenden Testament eröffnet ist, oder daß es ihm gegen seinen Willen ausgehändigt worden ist, sodaß die gesetzliche Widerrufswirkung nicht eintritt. In allen derartigen Fällen ist dann auch für einen Widerruf gemäß § 2255 BGB. noch Raum[70]). Die Widerrufsart des § 2255 ist ferner auch nicht ausgeschlossen bei den Nottestamenten vor drei Zeugen, bei denen eine amtliche Verwahrung nicht vorgeschrieben ist, sowie bei den Militärtestamenten.

Ist ein Testament von dem Erblasser selbst oder auf dessen Geheiß vernichtet oder verändert worden, so wird seine Widerrufsabsicht gemäß § 2255 Abs. 2 BGB. vermutet. Nicht aber wird vermutet, daß ein zerrissen, durchstrichen vorgefundenes oder garnicht auffindbares Testament gerade von dem Erblasser vernichtet oder verändert worden sei.

Nicht möglich ist es, den einmal durch Vernichtung erfolgten Widerruf späterhin abermals zu widerrufen. Der § 2257 BGB. findet nur Anwendung auf einen testamentarischen Widerruf. Will der Erblasser seinen Widerruf durch Vernichtung wieder rückgängig machen, so muß er ein neues

69) So auch Manigk, Willenserklärung § 61 S. 329.
70) Strohal § 42 III 2 Anm. 11 S. 314.

Testament errichten, das dann aber nicht als Widerruf des Widerrufs, sondern als neue letztwillige Verfügung wirkt. Das Wiederzusammensetzen der zerstückelten Urkunde hat als Widerruf des Widerrufs keine rechtliche Bedeutung [71]). Auch eine durchstrichene oder sonstwie veränderte Urkunde kann nicht dadurch wiederhergestellt werden, daß der Erblasser die Rasuren oder Durchstreichungen beseitigt. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß ein solches Testament, an dem die Veränderungen spurlos getilgt sind, praktisch doch als gültiges wirksam werden kann [72]).

1. Der Widerruf durch Vernichten.

α) Die Arten des Vernichtens.

Will der Erblasser sein Testament durch Vernichtung widerrufen, so muß er die Substanz der Testamentsurkunde zerstören. Als kennzeichnende Vernichtungshandlungen führen die Motive zum BGB. [73]). Verbrennen, Zerreißen und Zerschneiden auf. Dieses sind Handlungen, durch die entweder die Substanz der Urkunde völlig zerstört wird oder ihre Zusammengehörigkeit aufgehoben wird. Die in den Motiven aufgeführten Handlungen bilden keinen festen Katalog, der alle Vernichtungshandlungen umfassen soll. Auch andere Betätigungen in dieser Hinsicht sind deshalb nicht ausgeschlossen wie z. B. Vergraben und Versenken. Denn auch dies sind Handlungen, durch die die Substanz der Urkunde durch Fäulnis zerstört wird. Streitig ist nur, ob durch ein bloßes Wegwerfen der Testamentsurkunde der Widerruf getätigt werden kann. Durch das bloße Wegwerfen wird die Substanz der Urkunde keineswegs vernichtet. Die herrschende Lehre [74]) hat deshalb unter Hinweis auf die Motive, die allerdings keine erschöpfende Aufzählung aller Vernichtungshandlungen geben wollen, sondern die Art dieser Handlungen nur umschreiben, das bloße Wegwerfen der Testamentsurkunde nicht als ausreichende Widerrufshandlung angesehen. Denn durch andere schlüssige Handlungen als die einer Vernichtung oder Veränderung des Testaments könne der Widerruf nicht erfolgen. Demgegenüber bejaht Fr. Leonhard [75]) diese Frage unbedingt. Eine vermittelnde Ansicht stellen Kipp und Planck [76]) auf, die das Wegwerfen der sonst unveränderten Testamentsurkunde dann als ausreichende Widerrufshandlung ansehen, wenn das Testament vom Erblasser zerknittert weggeworfen worden ist. Die beiden letzteren sehen diese Handlung aber nur deshalb als ausreichenden Widerruf an, weil durch die Handlung eine Veränderung an der Urkunde vorgenommen worden sei, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben ausgedrückt zu werden pflegt. Eins ist sicher: Als Vernichtung ist das Wegwerfen einer Testamentsurkunde auch in zerknittertem Zustande nicht

---

71) Planck § 2255 4 S. 764; RGR.Komm. § 2255 3 S. 310 und § 2257 1 S. 311; Fr. Leonhard § 2255 V S. 408.

72) Kipp § 21 III. Anm. 18 S. 81.

73) Motive § 1934 S. 301.

74) Staudinger § 2253—57 S. 790; RGR.Komm. § 2255 3 S. 309; Warneyer § 2255 S. 1290; Crome § 655 2a Anm. 37 S. 117; Eichhorn-Goldmann S. 100; KG. Bd. 29 S. A. 26; Bd. 36 S. A. 77.

75) Fr. Leonhard § 2255 II B. S. 407.

76) Planck § 2255 3 a α S. 763; Kipp § 21 II. Anm. 4 S. 78.

anzusehen. Denn als solche können nur Handlungen in Betracht kommen, durch die der Stoff der Urkunde tatsächlich zerstört wird. Wohl aber liegt in dem von K i p p und P l a n c k geschilderten Wegwerfen in den Papierkorb ein stillschweigender Auftrag an einen Dritten, das Testament zu vernichten. Denn die regelmäßige Zweckbestimmung des Papierabfalles ist auf dessen Vernichtung gerichtet. Wenn der Erblasser deshalb ohne Irrtum sein Testament in den Papierkorb oder auf die Straße wirft, so geht daraus eindeutig hervor, daß er das Testament der Vernichtung überlassen will. Daß der Erblasser die eigentliche Vernichtungshandlung nicht selbst vorzunehmen braucht, ist oben § 3, 3 dieser Abhandlung bereits dargelegt worden. Hindert der Erblasser dagegen die Vernichtung eines u n zerknittert und auch sonst unverändert weggeworfenen Testaments dadurch, daß er das Testament aus dem Papierkorb wieder zurücknimmt, so bleibt das Testament gültig, da es durch das bloße Wegwerfen noch nicht widerrufen war. Dazu müßten widerrufende Veränderungen — und dazu gehört, wie unten nachzuweisen ist, auch das Zerknittern[77]) — hinzutreten. Auch ein bloßer Auftrag zur Vernichtung ist noch keine abgeschlossene Widerrufshandlung[78]). Diese läge erst mit der Ausführung des Auftrages vor.

β) Die rechtliche Natur des Widerrufs durch Vernichtung.

Das BGB. macht ausdrücklich die Rechtsfolgen des Widerrufs durch Vernichtung von dem Aufhebungswillen des Erblassers abhängig. Die Folgen treten also nur ein, weil und wenn sie von dem Erblasser gewollt sind. Der Widerruf des Testaments durch Vernichtung stellt sich also als eine „der Privatautonomie des Rechtssubjekts dienstbare juristische Handlung dar, in deren Tatbestand der auf die Rechtswirkung gerichtete, in einem äußeren Verhalten zur Vollendung gekommene Wille des Subjekts wesentlich ist"[79]). Auch die Vernichtung einer Testamentsurkunde in Widerrufsabsicht ist also ein R e c h t s g e s c h ä f t.

Bedarf aber dieses Rechtsgeschäft zu seiner Wirksamkeit einer Willenserklärung, die früher von der herrschenden Meinung und zum Teil auch heute noch[80]) für das Rechtsgeschäft als ein zu dessen Begriff wesentlicher Bestandteil stets gefordert wurde? In Betracht könnte, da die Widerrufsabsicht mit der Vernichtung zum Abschluß gekommen ist und es weiter einer ausdrücklichen Mitteilung nicht bedarf, nur eine stillschweigende Willenserklärung kommen. Es ist bereits oben[81]) dargelegt worden, daß zwischen einer Willenserklärung und einer reinen Tathandlung ohne gewillkürte Rechtsfolgen systematisch noch ein Akt r e c h t s g e s c h ä f t l i c h e r W i l l e n s b e t ä t i g u n g liegt. Ein solcher liegt auch hier vor. Es ist deshalb am Platze, hier die Rechtsnatur dieser Akte grundsätzlich zu untersuchen und sie den an-

---

77) Vgl. § 5, 2 α dieser Abhandlung.

78) KG. Bd. 36 S. A. 82; OLG. Bd. 26 S. 364.

79) Manigk, Willenserklärung § 153 S. 639; P. Klein, Rechtshandlungen § 1 IV S. 8.

80) Für das gemeine Recht vgl. Windscheid § 69 1. S. 186; Dernburg, Pand. I § 96 S. 218; für das heutige Recht z. B. Enneccerus-Nipperdey § 136 II S. 438.

81) Vgl. § 3, 1 dieser Abhandlung.

deren ähnlich gelagerten Akten gegenüber abzugrenzen. Bei dieser Untersuchung ist auf den legalen Begriff der Willenserklärung zurückzugehen.

W i l l e n s e r k l ä r u n g ist, worauf M a n i g k [82]) als Erster mit Recht hingewiesen hat, nicht nur ein dem Wort nach aus zwei Elementen zusammengesetzter Vorgang. Auch der Tatbestand einer jeden Willenserklärung besteht aus den beiden Teilen E r k l ä r u n g des W i l l e n s. Die Erklärung ist also immer nur der erkennbare Ausdruck eines inneren Willens [83]). Will der Erklärende deshalb seinem inneren Willen rechtsgeschäftliche Wirksamkeit verleihen, so muß er diesen Willen richtig erklären. Das Agens einer wirksamen Willenserklärung ist also immer die Erklärung. Der innere Wille bleibt demgegenüber jedoch in manchen Fällen nicht gänzlich unberücksichtigt. Erklärt jemand seinen inneren Willen bewußt oder irrtümlich falsch, so wird der falschen Erklärung ihre Wirksamkeit nach den Vorschriften der §§ 116 ff. BGB. in mehr oder minder großem Umfang genommen. Nur kann der Wille im Gegensatz zu der Erklärung nicht rechtsbegründend, sondern nur aufhebend wirken. Die beiden Theorien über den Begriff einer Willenserklärung, die Willens- und Erklärungstheorie, von denen die eine das Schwergewicht einer Erklärung auf den inneren Willen, die andere auf die Erklärung legen will, haben also denselben Kern: „Die Rechtswirkungen einer Willenserklärung werden bestimmt allein durch die Erklärung" [84]).

Nicht aber vermag jede Erklärung eines inneren Willens Rechtsfolgen nach sich zu ziehen. Der rechtlich interessierende Begriff einer Willenserklärung wird bestimmt durch das Interesse, das die Rechtsgemeinschaft hat, die aus dieser oder jener Erklärung rechtliche Schlüsse ziehen will. Das geht eindeutig aus den allgemeinen Vorschriften des BGB. über die Willenserklärungen (§ 116 ff.) hervor. Hier ist allerdings nur von der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit einer Willenserklärung die Rede. Aber die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit setzt hier den begrifflichen Tatbestand einer Willenserklärung voraus. Die §§ 116 ff. knüpfen die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit nur an echte Willenserklärungen an. Nur wenn ein Dritter aus der Erklärung rechtliche Schlüsse ziehen kann, vermag der innere Wille aufhebende Folgen nach sich zu ziehen. Das bloße Erklären eines inneren Willens in einem Selbstgespräch hat nicht die Bedeutung einer Willenserklärung [85]). Andererseits genügt aber auch das zufällige Offenbarwerden eines inneren Willens allein nicht zur Wirksamkeit einer Willenserklärung. Die Vermieterin, die im Nebenzimmer hört, daß ihr Mieter im Selbstgespäch oder in vertraulicher Aussprache mit einem Dritten die Absicht der Kündigung ausspricht, kann daraus nicht die rechtlichen Folgen einer tatsächlichen Kündigung ziehen. Denn die Erklärung war garnicht für die Vermieterin bestimmt und ihr im Sinne des § 130 BGB. auch nicht zugegangen. Das Wesentliche einer W i l l e n s e r k l ä r u n g als eines autonomen Privatakts im Sinne des BGB. ist die A b s i c h t d e s E r k l ä r e n d e n, einem anderen ein Z e i c h e n z u r E r k e n n u n g seines Rechtsfolgewillens zu setzen. Eine Willens-

82) Manigk, Willenserklärung § 19 S. 150.
83) So auch von Tuhr § 61 I. 1 S. 400.
84) Manigk, Willenserklärung § 19 S. 154; ders. in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 27 S. 531.
85) v. Tuhr § 61 I 1 Anm. 5 S. 400.

erklärung ist deshalb nur eine solche Erklärung, die in **Kundgebungsabsicht** getätigt wird [86]).

Das erkennt auch **Staudinger** [87]), wenn er eine Willenserklärung als eine solche Handlung definiert, die eine irgendwie wahrnehmbare Betätigung des menschlichen Willens enthalte, die nach der Lebenserfahrung einen Schluß auf einen Rechtsgestaltungs- oder Veränderungswillen zulasse. Diese Handlungen stellt er denjenigen gegenüber, die mangels eines Erklärungsinteresses nicht dem Kundgebungszweck dienen. Diese Kundgebungsabsicht kann zum Ausdruck kommen, einmal — und das sind die praktisch häufigsten Fälle — durch ausdrückliche mündliche oder schriftliche Erklärung, zum anderen aber auch durch schlüssige Handlungen, aus denen ein Dritter, an der Erklärung Interessierter, verkehrsmäßig auf einen Rechtsfolgewillen des Erklärenden schließen kann. Die stillschweigende Willenserklärung ist deshalb nur eine Abart der ausdrücklichen. Auch auf sie finden die allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen Anwendung. Denn auch sie muß von dem Handelnden vorgenommen werden, um sich ihrer als Ausdruck eines Geschäftswillens zu bedienen.

Dieser Definition einer Willenserklärung gegenüber, die sich aus dem Gesetz selbst ergibt, stellt sich die gemäß § 2255 vorgenommene Widerrufshandlung des Erblassers durch Vernichtung der Testamentsurkunde als etwas gänzlich anderes dar. Das ergibt sich vor allem aus der Beweiswürdigung bei einem zerrissen oder beschädigt vorgefundenen Testament. Waren bei der Willenserklärung Beweisgegenstand die Tatsache und der Inhalt der Erklärung, der gegenüber dem Willen nur sekundäre oder aufhebende Kraft zukam [88]), so ist gemäß § 2255 die Widerrufsabsicht selbst Beweisgegenstand und eine zerrissen vorgefundene Testamentsurkunde allein beweist nicht seine Absicht; selbst dann nicht, wenn nachgewiesen werden kann, daß der Erblasser die Testamentsurkunde selbst vernichtet hat. Dann wird zwar gemäß Abs. II von § 2255 der Aufhebungswille vermutet, aber auch nicht mehr als das. Könnte zweifelsfrei bewiesen werden, daß das Vernichten nicht auf dem Widerrufswillen des Erblassers beruhte, so liegt ein Widerruf nicht vor.

Dies ist von der an einige Willenserklärungen infolge der §§ 116 ff. geknüpften Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit wohl zu unterscheiden. Bei den §§ 116 ff. ist die Nichtigkeit nur die Eigenschaft eines an sich bereits verwirklichten Erklärungstatbestandes, dem die rechtliche Wirksamkeit entzogen wird, weil der innere Wille fehlte. Fehlt aber im Falle des § 2255 BGB. der innere Wille das Testament zu widerrufen, so ist der Tatbestand des Widerrufs trotz aller äußeren Indizien nicht verwirklicht, weil der wirkliche Aufhebungswille selbst Tatbestandsmerkmal ist. Da bei den rechtsgeschäftlichen Akten ohne Kundgebungszweck der innere Wille mit zum Tatbestand gehört, so erstreckt sich hier die Beweislast nur auf den inneren Willen [89]).

Auch die Folgen der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit einer Willenserklärung treffen für die Akte ohne Kundgebungszweck nicht zu. Die Ersatzpflicht

86) Manigk, Willenserklärung § 29 S. 205; H. Lehmann § 24 IV 1 S. 129; Oertmann Vorb. § 104 ff. Ziff. 11 S. 336.

87) Staudinger § 104 ff. II. 3. S. 396.

88) Manigk, Willenserklärung § 87 S. 420.

89) Manigk, Willenserklärung § 87 S. 420.

des unrichtig Erklärenden demjenigen gegenüber, der auf die Gültigkeit vertraute, kann auf die Vernichtung einer Testamentsurkunde nicht angewandt werden. Der generelle Ausschluß der Ersatzansprüche in § 2078 Abs. 3 BGB. bedeutet also nur für die Widerrufsakte eine Ausnahmevorschrift, die durch eine Willenserklärung erfolgen. Bei dem Widerruf durch Vernichtung sind sie schon wegen der anderen Rechtsnatur dieses Aktes ausgeschlossen, indem die Widerrufshandlung nicht erst angefochten zu werden braucht. Sie ist tatbestandsmäßig wegen fehlenden Willens nicht erfolgt.

Ferner fehlt der Vernichtungshandlung des Erblassers entsprechend den in § 2255 deutlich normierten Voraussetzungen der Zweck, sich kundgebend an die Außenwelt zu wenden. Die Rechtsfolge des Widerrufs tritt ein, ohne daß ein Dritter daraus rechtliche Schlüsse ziehen kann. Die Vernichtung wird nicht deshalb getätigt, um einem Dritten die Erkenntnismöglichkeit für einen inneren Willen zu bieten, sondern lediglich, um einen inneren Willen in aber nicht für die Außenwelt zum Abschluß zu bringen [90]). Dadurch erhebt der Handelnde aber nur seinen bisher für das Rechtsleben unbeachtlichen, in seinem Inneren verschlossenen Willen zu einem rechtsgeschäftlich erheblichen. Dieses auch dann, wenn der Erblasser sich zur Ausführung der Vernichtungshandlung eines Dritten bedient. Denn die Auftragserteilung zur Vernichtung, die eine Willenserklärung ist, hat nicht den Zweck, die Widerrufsabsicht zu vermitteln, sondern nur die Willenserklärung des Auftrags zur Vernichtung. Da deshalb bei einem Widerruf durch Vernichtungshandlungen das Beweiserhebliche nicht die Tatsache der Vernichtung, sondern die Tatsache des inneren Widerrufswillens ist, so kann die Vernichtungshandlung auch nur als Indiz für einen solchen Willen gewertet werden, nicht aber als Inhalt einer Erklärung durch schlüssige Handlungen. Die körperliche Handlung ist zwar Willensbetätigung und Willensäußerung, aber nicht Willenserklärung [91]).

Die Errichtung des Testaments stellt sich im Gegensatz zu dem nach § 2255 getätigten Widerruf als Willenserklärung dar, weil sie dem Zweck der Kundgebung des letzten Willens an andere dient und vom Testator zu diesem Zwecke in eine den anderen zugängliche Lage gebracht wird. Der nach § 2255 vorgenommene Geschäftsakt braucht, weil er keine Kundgebungshandlung ist, diesen Voraussetzungen der Willenserklärung nicht zu entsprechen; er kann vielmehr zur sofortigen Vernichtung des Testaments derart führen, daß die Tatsache der Vernichtung keinem anderen mehr zugänglich oder erkennbar wird.

Man kann den eben dargelegten Unterschied zwischen einer Willenserklärung — sei es ausdrücklicher oder konkludenter — und einem Willensgeschäft, wie es in der Vernichtung eines Testaments in Widerrufsabsicht vorliegt, auch nicht dadurch erklären, daß man jene als empfangsbedürftige, diese als nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen bezeichnet. Nach der Ansicht der Literatur [92]) haben empfangsbedürftige Willenserklärungen bestimmte, nicht empfangsbedürftige unbestimmte Empfänger. Es ist also doch erforderlich, daß der bestimmte oder unbestimmte Empfänger durch die Tätig-

90) H. Lehmann § 24 IV. 2. S. 129.
91) Manigk, Rechtsgeschäfte S. 191; H. Lehmann § 24 IV. 2. S. 129.
92) Z. B. Enneccerus a.a.O.; Enneccerus-Nipperdey a.a.O.; Fr. Leonhard a.a.O.

keit des Handelnden die Möglichkeit der Kenntnisnahme von der Willenserklärung erhält, m. a. W., daß die Erklärung ihm zugeht. Das Eigenartige der Willensgeschäfte (Willensbetätigungen) wie der einer Vernichtungshandlung ist dagegen, daß sie überhaupt keine Empfänger haben, denen sie zuzuführen wären, und daß der sie Vornehmende weder mit einem Empfang rechnet, noch ihn veranlaßt. Sie werden vorgenommen ohne Erklärung. Sie enthalten keinen Kundgebungszweck und ihre Wirksamkeit hängt von keinem irgendwie gearteten Zugang ab. Sie geschehen vielmehr als autonome Akte um ihrer selbst willen und wirken sofort. Es ist nicht notwendig, daß der Erblasser wie bei der Testamentserrichtung oder dem testamentarischen Widerruf den Berechtigten die Möglichkeit verschafft, daß sie von der Vernichtung der Urkunde Kenntnis nehmen können. Nichts ist gemäß § 2255 erforderlich, als daß die Tatsache der Vernichtung verwirklicht wird in der Absicht, dem errichteten Testament die Wirksamkeit zu entziehen.

Der Widerruf durch Vernichtung gemäß § 2255 ist deshalb nicht Willenserklärung, sondern Willensgeschäft. Wir müssen eine solche Kategorie von juristischen Handlungen des Privatrechts in der Rechtsgeschäftslehre anerkennen. Hier ist wie bei der Frage der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit gemäß §§ 116 ff. das allein Ausschlaggebende und Rechtserhebliche der verwirklichte innere Wille. In den Fällen des §§ 116 ff. BGB. wirkt bei Willenserklärungen der innere Wille nur sekundär und aufhebend, hier dagegen primär und rechtsbegründend [93]).

Hat man aber eine solche Kategorie von Handlungen wie den Widerruf eines Testaments durch Vernichtung der Urkunde — es gibt deren im BGB. eine größere Anzahl [94]) wie z. B. die Dereliktion, die Okkupation und die stille Vertragsannahme nach § 151, die Erbschaftsannahme — als eine besondere Art rechtsgeschäftlicher Handlungen erkannt, so bedürfen sie auch einer Einordnung in das Gebiet der Rechtsgeschäftslehre und damit einer besonderen Bezeichnung. Denn es ist nicht angängig, zwei Begriffe, die verschieden zu behandeln sind, mit den gleichen Ausdrücken zu belegen. Entsprechend den beiden Theorieen über die Willenserklärung, die je nachdem sie das Schwergewicht einer Willenserklärung auf die Erklärung oder auf den inneren Willen legen, Erklärungs- oder Willenstheorie genannt werden, hat Manigk je nachdem das Rechtserzeugende der Rechtsgeschäfte die Erklärung oder der innere Wille ist, diese in Erklärungs- und Willensgeschäfte eingeteilt. Erklärungsgeschäfte sind danach solche, die zu ihrer Wirksamkeit einer Willenserklärung bedürfen, Willensgeschäfte solche, bei denen die Erklärung fehlt und nur der einem Verhalten zu Grunde liegende Wille rechtserzeugend wirkt. Ob man gerade den Ausdruck Willensgeschäft anerkennen will, ist Geschmackssache.

Abzulehnen ist der von Planck [95]) und anderen vorgeschlagene Ausdruck Willensbetätigung, da er zu allgemein ist. Willensbetätigung ist jede menschliche Handlung. Der Ausdruck Willensbetätigung wird aber mit Vorliebe für die schlüssige (konkludente) Willens erklärung gebraucht, so daß

93) Manigk, Willenserklärung § 91 S. 431.
94) Manigk, Artikel „Rechtshandlungen" in Handb. d. Rechtsw. S. 667; ders. Willenserklärung § 127 S. 552 ff.; H. Lehmann § 24; IV. 2. S. 130.
95) Planck Vorb. § 116 1. S. 263.

durch den anderen Gebrauch die Gefahr der Verwechslung entsteht. Durch den Ausdruck Willensgeschäft wird diese Gruppe von Handlungen im System zutreffend bezeichnet.

Nach der Qualifizierung des Widerrufs eines Testaments durch Vernichtung als Willensgeschäft, erhebt sich die Frage, ob dieser Widerruf sowie jedes Willensgeschäft auch unter einer Bedingung vorgenommen werden kann. Diese Frage hat Manigk[96]) für den Begriff des Willensgeschäfts im Allgemeinen bejaht. Im vorliegenden Falle erweist jedoch der Wortlaut des §2255, daß der Widerruf durch Vernichten nicht bedingt vorgenommen werden kann. Das Gesetz sagt, daß ein Testament auch dadurch widerrufen werden könne, daß der Erblasser in der Absicht, es aufzuheben, die Testamentsurkunde vernichtet. Das Gesetz verlangt also offenbar, daß im Augenblick der Vernichtungshandlung bei dem Erblasser eine unbedingte Widerrufsabsicht vorliegt. Dieser Ausschluß einer bedingten Aufhebung ist auch gerechtfertigt; denn ließe man eine solche zu, so würde eine unerträgliche und verhängnisvolle Unklarheit der Rechtslage geschaffen. Auch die Vermutung des Abs. II von § 2255 wäre, ließe man eine bedingte Aufhebung zu, gegenstandslos geworden, da selbst bei dem Nachweis, daß der Erblasser das Testament selbst vernichtet hat, nicht feststeht, ob das Testament tatsächlich widerrufen ist, weil der Erblasser bei der Vernichtung eine unbedingte Aufhebungsabsicht hatte, oder ob es wegen Nichteintritts einer Bedingung doch noch gültig ist.

2. Der Widerruf durch Veränderungen.

α) Die Arten der Veränderungen.

Im Gegensatz zum dem Widerruf eines Testaments durch Vernichten der Urkunde ist bei einem Widerruf durch Veränderungen an der Urkunde (§ 2255) nicht notwendig, daß der Erblasser die Substanz der Testamentsurkunde völlig zerstört oder in ihrer Zusammengehörigkeit aufhebt. Es genügen vielmehr alle Handlungen, die den Bestand der letztwilligen Verfügung in Frage stellen können wie z. B. die von den Motiven[97]) aufgeführten Handlungen des Durchstreichens, Unleserlichmachens, Einreißens usw. Damit ist aber nicht gesagt, daß alle solche und ähnliche Einwirkungen auf den Text der Urkunde als der Vernichtung gleichzuachtende Handlungen anzusehen sind. Vielmehr genügen gemäß § 2255 BGB. solche schlüssigen Handlungen, die nach der objektiven Verkehrsauffassung geeignet sind, den Widerrufswillen auszudrücken und als solche auch verkehrsüblich sind. Denn durch die Bestimmung dieses Paragraphen „ausgedrückt zu werden pflegt" will das Gesetz zu erkennen geben, daß hierdurch für die Beurteilung der Frage, ob ein Testament gültig widerrufen worden sei, eine zuverlässige objektive Grundlage geschaffen werden sollte. Damit ist aber der wirkliche Widerrufswille des Erblassers durchaus nicht ausgeschaltet. Im Gegenteil ist dieser tatbestandsmäßig ebenso erheblich wie bei der Vernichtung; denn die Worte „in der Absicht es aufzuheben" beziehen sich grammatisch auf den ganzen Folgesatz. Das Fehlen des Widerrufswillens hindert

96) Manigk, Willenserklärung § 133 S. 568; ders. Rechtsg. S. 290.
97) Mot. Bd. V. S. 301; ebenso Warneyer 1915 Nr. 129.

also die Widerrufswirkung auch bei Veränderungen. Ändert jemand sein Testament im Entwurf nur in einzelnen Verfügungen, um späterhin ein neues auf dieser Grundlage zu errichten, das veränderte jedoch bis zur Errichtung des neuen in unveränderter Gestalt bestehen zu lassen, so liegt darin wegen des fehlenden Willens, das Testament aufzuheben, auch kein Widerruf [98]). Trotzdem aber sollte die freie Willensbestimmung des Erblassers — und das bezweckt auch die Bezugnahme auf die Verkehrssitte in § 2255 BGB. — nicht soweit gehen dürfen, daß er jede seiner Meinung nach geeignete Veränderung als Ausdruck seines Widerrufswillens benutzen könne. Dies selbst dann nicht, wenn die Art der Veränderung den Aufhebungswillen in mehr oder minder großem Umfange als wahrscheinlich erkennen läßt. Es ist deshalb in jedem einzelnen Fall zu untersuchen, ob die vom Erblasser vorgenommene Veränderung verkehrsüblich die Aufhebung des Testaments bedeuten kann [99]). Nur eine solche Veränderung gibt den Erben und den am Nachlaß rechtlich Interessierten eine sichere Grundlage zur Erkennung des letzten Willens. Erst dann, wenn die Änderung verkehrsüblich ist, kann der Widerrufswille des Erblassers vermutet werden. Ist die Bedeutung einer Veränderung nicht ohne weiteres klar, so muß dagegen die Aufhebungsabsicht nachgewiesen werden [100]).

Mit Recht ist deshalb vom Reichsgericht [101]) eine Schraffierung der Unterschrift und des Namens des eingesetzten Erben mit Tintenstiftstrichen nicht als verkehrsübliche Änderung angesehen worden. Denn es ergibt sich daraus keineswegs, ob der Erblasser diese Schraffierung in der Absicht vorgenommen hat, das Testament zu widerrufen, oder aber um die Namen besonders hervorzuheben und etwa unbefugte Änderungen Dritter unmöglich zu machen. Auch Vermerke wie „Verbrennen, Veraltet, Aufgehoben" usw. auf dem ein Testament enthaltenden Umschlag genügen nicht, da sie keine Veränderungen an der Urkunde selbst darstellen [102]). Es würde dies auch der im Testamentsrecht erforderlichen Sicherheit widersprechen, da der Umschlag mit dem Vermerk leicht nach dem Tode des Erblassers entfernt werden kann und das Testament als gültiges vorgelegt werden kann. Nur wenn das Testament ausnahmsweise mit dem Umschlag eine substanzielle Einheit darstellt, sodaß das eine nicht vom anderen trennbar ist, könnte eine im Sinne des § 2255 vorgenommene Veränderung des Umschlags Widerrufsfolgen nach sich ziehen. Werden die Vermerke quer über den Text der Urkunde oder in der Länge des Randes geschrieben oder sonstwie augenfällig angebracht, sodaß sie den Widerruf des ganzen Testaments umfassen sollen, so ist damit der Widerrufswille auch in verkehrsüblicher Weise zum Ausdruck gebracht [103]). Denn wenn der Erblasser den Vermerk mit Datum und Unterschrift versieht, so liegt schon ein testamentarischer Widerruf nach § 2254 BGB. vor. Fehlt aber die neue Datierung und Unterschrift, so ist, wie weiter unten nachgewiesen, der 2. Fall des § 2255 gegeben „Veränderungen

98) Herzfelder in JW. 1932 S. 1330; Lange in Iherings Jahrb. Bd. 82 S. 1, 2.
99) Planck § 2255 3 a α S. 762; RG. in JW. 1913 S. 41.
100) RG. in JW. 1911 S. 283.
101) RG. in Warneyer 1928 Nr. 15.
102) Kipp § 21 Anm. 4 am Ende S. 78; RG. in JW. 1925 S. 475 mit Anmerkung von Kipp.
103) RG. in JW. 1911 S. 545; in Recht 1912 Nr. 3382.

vornimmt, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt." Veränderungen aber, die nur einschränkende Randbemerkungen enthalten, den sonstigen Bestand der letztwilligen Verfügung aber nicht betreffen, oder solche, bei denen es sich nur um unwesentliche Fassungsänderungen oder um ein auf das Datum beschränktes Durchstreichen handelt, sind für die Beurteilung der Frage, ob das Testament gültig widerrufen ist, bedeutungslos, da hierin entweder kein Widerrufswille liegt, die Verfügung als solche zu entkräften, oder aber nicht der verkehrsübliche Ausdruck für einen solchen Widerrufswillen[104]).

Bei allen diesen Änderungen ist, soweit sie das Testament in seiner Gesamtheit[105]) betreffen, zu beachten, daß sie nicht der Form des § 2231 BGB. bedürfen. Ein Erblasser also, der sein ganzes Testament widerrufen will, und dies durch eine Veränderung tut, braucht dieser widerrufenden Änderung nicht seinen Namen und das Datum beizufügen. Denn der § 2255 will gerade eine erleichterte Widerrufsform schaffen gegenüber der formstrengen Art des Widerrufs gemäß § 2254 BGB. Dies gilt auch dann, wenn der Erblasser einem augenfälligen Vermerk wie „Annulliert" oder „Gilt nicht" am Rande oder unter dem abgeschlossenen Testament weder Unterschrift noch Datum beifügt, soweit hierdurch das Testament in seiner Gesamtheit aufgehoben werden soll. Den gegenteiligen Standpunkt Herzfelders[106]) in der JW. 1932 S. 1330 ff. vermag ich nicht zu teilen. Herzfelder spricht hier allerdings nur von dem teilweisen Widerruf, meint aber offensichtlich, wie sich aus dem Angriff auf die Reichsgerichtsentscheidung in JW. 1911 S. 545 ergibt, auch den gänzlichen Widerruf eines Testaments. Die Widerrufsform des § 2255 ist der des § 2254 entgegengesetzt worden, um einem praktischen Bedürfnis abzuhelfen. Durch die strengen Anforderungen bezüglich der Form, die Herzfelder aber auch an die verändernden Vermerke stellt, wäre aber für einen großen Teil dieser Fälle diesem Bedürfnis geradezu entgegengearbeitet. Auch verlangt das Gesetz nur eine Veränderung, die den Aufhebungswillen einer schriftlichen Willenserklärung den Gepflogenheiten des Lebens entsprechend ausdrückt. Und daß dies bei einem augenfälligen Vermerk, der sich auf das ganze Testament bezieht, der Fall ist, läßt sich m. E. nicht leugnen. Auch das Gegenargument Fr. Leonhards[107]) greift nicht durch. Leonhard behauptet, daß ein Vermerk wie „Annulliert" auf der Urkunde deshalb nicht genüge, weil darin nicht die nötige Energie für eine Widerrufstat liege. Andererseits erkennt er aber die Gültigkeit eines Vermerks an, wenn dieser quer über den Text der Urkunde geschrieben sei, da hierin eine deutlich erkennbare Widerrufstat liege. Was besteht aber für ein Unterschied, abgesehen von der Stellung, zwischen einem Vermerk, der über den Tert geschrieben worden ist, und einem solchen, der sich am Rande oder unter dem abgeschlossenen Testament befindet? Beide lassen deutlich den Widerrufswillen erkennen, sind sichtbare Tathandlungen und dienen auch sonst im praktischen Leben dazu, die Ungültigkeit eines

---

104) RG. in JW. 1911 S. 590; in JW. 1913 S. 41; RGE. Bd. 71 S. 303.

105) Über den teilweisen Widerruf vgl. § 7, 2 dieser Abhandlung.

106) Ebenfalls vertreten vom KG. Bd. 36 S. A. 77 ff. A. A. auch Herschel und Breslauer in JW. 1933 S. 148, 149.

107) Fr. Leonhard § 2255 II. C. S. 407.

Schriftstücks zum Ausdruck zu bringen. Mehr verlangt nach richtiger Ansicht das Gesetz in § 2255 von einer Veränderung nicht[108]).

Bedeutsam wird die Frage nach der objektiven Verkehrsgewohnheit einer Veränderung bei einem in Widerrufsabsicht weggeworfenen Testament. Es ist kein Zweifel, daß verkehrsüblich die Aufhebung einer schriftlichen Willenserklärung erfolgen kann, durch Wegwerfen der Urkunde. Der Fall der Vernichtung ist hier zweifellos nicht gegeben. Ist mit dem Fortwerfen nun eine Veränderung im Sinne des § 2255 BGB. vorgenommen worden? Das ist m. E. bei einem unzerknittert fortgeworfenen Testament zu verneinen. Denn das Testamentsrecht mit seinen Formvorschriften will gerade erreichen, daß der Wille des Erblassers unzweideutig zum Ausdruck kommt, da von ihm selbst kein Aufschluß mehr zu erlangen ist. Das bloße Wegwerfen einer sonst unverändert gebliebenen Testamentsurkunde ist keine Veränderung an der Urkunde, sondern nur eine Veränderung ihrer Lage. Der uneingeschränkten Behauptung Fr. Leonhards[109]), ein Wegwerfen müsse immer genügen, ist also nicht beizutreten. Ein gewisses Maß von Intensität des Willensausdruckes muß der Erblasser nach Leonhards oben berührter eigener Auffassung immer aufwenden, um den Willen zum Widerruf durch eine Veränderung kenntlich zu machen.

Auch die Ansichten Kipps und Plancks[110]), daß das Wegwerfen genüge, wenn das Testament zerknittert weggeworfen sei, gehen fehl. Zwar wird man mit Kipp und Planck annehmen müssen, daß ein dergestalt weggeworfenes Testament als widerrufen anzusehen sei. Denn durch das Zerknittern wird die Substanz der Urkunde, wenn auch nicht gänzlich zerstört, so doch in ihrer Unversehrtheit derartig verletzt, daß die Handlung einer Vernichtungshandlung gleichkommt. Die widerrufende Veränderung liegt aber dann nicht in dem Wegwerfen, sondern in der ihr vorausgehenden Handlung des Zerknitterns oder sonstwie Beschädigens. Darin allein liegt die Widerrufshandlung, wogegen dem Wegwerfen erst sekundäre Bedeutung zukommt. Es hat in diesem Fall das Wegwerfen ebensowenig Bedeutung wie das Wegwerfen einer durchstrichenen Urkunde. Das Durchstreichen ist schon die Veränderung, die Widerrufsfolgen nach sich zieht. Das darauf folgende Wegwerfen ist für den Widerruf ohne Belang, da das Testament bereits durch eine andere Handlung widerrufen war. Nimmt deshalb der Erblasser nach dem Zerknittern und Wegwerfen das Testament wieder zurück, so will er seinen Widerruf widerrufen, der bereits in dem Zerknittern lag. Dieser Widerruf hat aber keine rechtliche Gültigkeit wegen der sich daraus ergebenden Rechtsunsicherheit. Denn wenn der Erblasser das zerknitterte Testament aus dem Papierkorb zurücknimmt und in so zerknittertem Zustand aufbewahrt, so ist damit keineswegs klar erwiesen, daß der Erblasser den Widerruf des Widerrufs gewollt hat. Er kann das Testament auch nur aufgehoben haben, um es bei der Abfassung eines neuen noch teilweise zu benutzen. Auch wenn der Erblasser versucht, die Spuren des Zerknitterns zu beseitigen, kann er dem einmal widerrufenen Testament dadurch nicht zur

108) Kipp § 21 Anm. 4 S. 78; RG. in Recht 1912 Nr. 1382; OLG. Hamburg in Recht 1910 Nr. 1992.

109) Leonhard § 2255 II. B. S. 407.

110) Planck § 2255 3. a. α. S. 763; Kipp § 21 II. 2 Anm. 4 S. 78.

Gültigkeit verhelfen. Denn auch ein solches Testament, das noch annähernd die Spuren des Zerknitterns an sich trägt, kann sowohl in Widerrufsabsicht aufgehoben worden sein als auch in der Absicht, es nur noch vorläufig, aber als widerrufen, aufzubewahren. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß ein Testament, an dem die Spuren des Zerknitterns restlos getilgt sind, als gültiges passieren wird.

Es ist deswegen in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre [111]) anzunehmen, daß ein bloßes Wegwerfen keine Veränderung im Sinne des § 2255 darstellt. Wohl kann in dem Wegwerfen ein Auftrag zur Vernichtung, der, wenn er nicht erfüllt wird, bedeutungslos ist, liegen [112]). Nie aber kann die reine Tathandlung des Wegwerfens — selbst in Widerrufsabsicht — Widerrufsfolgen zeitigen. Entweder muß die von dem Erblasser beabsichtigte Vernichtung noch hinzukommen, oder das Testament war bereits durch andere Handlungen so verändert, daß es auch ohne das Wegwerfen schon als widerrufen gilt. Jedenfalls wird man, da auch die Testamentserklärung eine empfangsbedürftige [113]) ist, das Wegwerfen eines unzerknitterten Testaments dann nicht als Aufhebungsakt ansehen dürfen, wenn das Testament auch nach dem Wegwerfen in einer den Beteiligten zugänglichen Lage verbleibt.

β) Die Rechtsnatur der Veränderungen.

Die Widerrufsfolgen bei einem Widerruf durch Veränderungen an der Urkunde sind, wie das Gesetz ausdrücklich vorschreibt, auch an den Widerrufswillen des Erblassers geknüpft. Ohne Widerrufswillen kein wirksamer Widerruf. Eine unabsichtlich vorgenommene Beschädigung oder eine unbefugte von einem Dritten getätigte sind kein Widerruf. Weil aber der Rechtsfolgewille gemäß § 2255 für den Widerruf maßgeblich ist, so ist auch der Widerruf durch Veränderung der Urkunde ein R e c h t s g e s c h ä f t. Mußte aber bei einem Widerruf durch Vernichtung die Willensbetätigung des Erblassers sich auf die völlige Vernichtung der Testamentsurkunde erstrecken [114]), so fehlt bei einem Widerruf durch Verändern diese Absicht. Das veränderte Testament bleibt also erhalten, so daß die Nachwelt von dem Testament noch Kenntnis erhalten kann. Ja sogar der Zweck des Widerrufs durch Verändern ist es, daß die Nachwelt noch von dem Text der Urkunde Kenntnis erhält, um auf schlüssige Art und Weise den Willen des Erblassers erkennen zu können. Dieses sogar dann, so sehr der Schein dagegen spricht, wenn das Testament vom Erblasser zerknittert in den Papierkorb geworfen worden ist. Allerdings ist die regelmäßige Zweckbestimmung des Papierabfalles, der Vernichtung anheimgegeben zu werden. Diese Zweckbestimmung ist aber mit dem Inhalt der Widerrufshandlung durch Wegwerfen des zerknitterten Testaments nicht identisch. Die Vernichtung als die aus dem Wegwerfen sich ergebende Zweckbestimmung folgt ihm zeitlich erst. Der den Widerruf bedeutende Inhalt ist aber schon das Zerknittern und Wegwerfen in Wider-

111) Staudinger § 2253—57 S. 790; RGR.Komm. § 2255 3 S. 309; Warneyer § 2255 S. 1290.
112) Vgl. § 5 1 α dieser Abhandlung.
113) Manigk, Willenserklärung § 61 S. 328 ff.
114) KG. Bd. 36 S. A. 80.

rufsabsicht. Geht die Urkunde dann vollends unter, so war das Testament doch schon vorher widerrufen, und die Erben würden, wenn der Erbfall zwischen Wegwerfen und Vernichten eingetreten wäre, nicht mehr aus dem Testament berufen.

Aus der Tatsache, daß die Erben Kenntnis von der Veränderung nehmen können und der Erblasser sogar dafür Sorge zu tragen hat, ergibt sich, daß er sich mit der Veränderung kundgebend an die Berechtigten wendet. Dies auch dann — wie weiter unten nachgewiesen, — wenn er das Testament zerknittert in den Papierkorb wirft. Nicht die reine Tathandlung wie bei der Vernichtung der Testamentsurkunde ist es, die Widerrufsfolgen zeitigt, sondern diejenige Handlung, die geschieht, um den Erben ein Zeichen zur Erkennung des inneren Willens zu setzen. Der Widerruf durch Veränderungen an der Urkunde ist also ein Rechtsgeschäft durch Willenserklärung.

Die in der Veränderung liegende Willenserklärung kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein. Schreibt der Erblasser quer über den Text der Urkunde „Gilt nicht" oder auch nur an einzelne Verfügungen, so erklärt er damit durch die ihm nach dem Sprachgebrauch zur Verfügung stehenden Mittel, daß er das ganze Testament oder nur einzelne Teile desselben widerrufen will. Verwendet der Erblasser aber zu der Veränderung Handlungen, durch die er nicht ausdrücklich den Widerruf erklärt, sondern die nur nach den Gesetzen der Logik oder den Gepflogenheiten des Lebens auf einen Willen schließen lassen, so liegt darin eine konkludente Erklärung des Widerrufswillens. Immer aber muß es eine Handlung sei, die nicht um ihrer selbst willen geschieht, sondern um den am Nachlaß Interessierten die Erkennungsmöglichkeit für den Widerrufswillen zu verschaffen.

Man muß diese Akte der stillschweigenden Willenserklärungen scharf von denen der Willensgeschäfte trennen. Denn ihr Zweck und ihre rechtliche Natur und Bedeutung sind völlig verschieden. Auch die stillschweigende Willenserklärung ist dem Artbegriff der Willenserklärung untergeordnet. Nur erfolgt hier im Gegensatz zur ausdrücklichen Erklärung, bei der sich der Erklärende mit Worten an den Gegner wendet, die Kundgabe durch ein Verhalten, mit dem sich der Erklärende an eine Person wendet, die Zweck und Inhalt der Kundgebung zu erkennen in der Lage ist [115]). Der Widerruf durch Vernichtung erfolgt, wie wir sahen, ohne notwendigen Kundgebungszweck. Wenn nach dem Tode des Erblassers das Testament, das dieser etwa bis zu seinem Lebensende in Besitz hatte, nicht mehr vorhanden ist, so gilt diese Tatsache als Indiz für den Widerrufswillen. Durchstreicht der Erblasser dagegen eine Testamentsurkunde, so gibt er damit nicht nur ein Indiz für seinen Willen, sondern den Inhalt einer Willenserklärung. Der Zweck beider Akte ist grundverschieden. Bei der Vernichtung bringt der Erblasser seinen inneren Willen durch die Tathandlung zum Abschluß. Dieser niemandem zugängliche Tatbestand wirkt schon nach § 2255. Bei dem Durchstreichen erklärt der Erblasser schlüssig seinen Willen für andere. Er setzt absichtlich ein Zeichen für diesen Willen. Dieser Akt ist daher eine Kundgebung. Der Erblasser läßt das Testament sonst unverändert liegen. Wird

115) Manigk, Willenserklärung § 50 S. 283.

es nun nach seinem Tode so gefunden, so gibt es — und zwar nach der Absicht des Testators — jedem, der es in die Hand bekommt, die Möglichkeit, den Widerrufswillen zu erkennen. Es ist z. B. möglich, daß der Erblasser das Testament widerrufen will und es durchstreicht. Er hebt es aber noch auf, um bei der Errichtung eines neuen Testaments das widerrufene noch zum Nachsehen für zahlenmäßige Höhen von Vermächtnissen zu gebrauchen. Stirbt der Erblasser nun vor der Errichtung des neuen Testaments, dann soll derjenige, der nach dem Tode das alte Testament findet, erkennen, daß diese Erklärung vom Erblasser als nicht mehr rechtsverbindlich gewollt war [116]). Die beiden Akte haben also verschiedene Zwecke.

Da deshalb auch der Widerruf durch Verändern in jedem Falle eine Willenserklärung ist, muß hier wie bei jeder Willenserklärung auch Zugang gefordert werden. Der Erblasser hat deshalb für die Möglichkeit der Kenntnisnahme ebenso wie bei der Testamentserrichtung auch Sorge zu tragen [117]). Gibt der Erblasser das widerrufene Testament später oder sogleich der Vernichtung preis, so hindert er zwar die Erkennungsmöglichkeit, er hindert aber deshalb nicht auch die Widerrufswirkung, weil die Berechtigten nunmehr keine Kenntnismöglichkeit haben. Das Erfordernis der absichtlichen Kundgabe an die Außenwelt, das zu jeder empfangsbedürftigen und nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung gehört [118]), fällt damit nicht fort. Die Frage wird bedeutsam bei dem in Widerrufsabsicht weggeworfenen zerknitterten Testament, da hier die stillschweigende Widerrufserklärung fast gleichzeitig mit dem Fortfall der Kenntnismöglichkeit eintritt. Die Tatsache gewinnt dann praktische Bedeutung, wenn der Erlasser zwischen dem Wegwerfen und der endgültigen Vernichtung stirbt. Dann ist eben schon mit dem Wegwerfen die Erkenntnismöglichkeit verschafft gewesen. Der spätere, wenn auch beabsichtigte, Fortfall ist bei dieser Frage bedeutungslos. Es ist dies dasselbe wie wenn ein Erblasser auf seine Testamentsurkunde die testamentarische, datierte und unterschriebene Erklärung setzt „Dieses Testament widerrufe ich". Vernichtet er später diese Urkunde, die Testament und Widerruf enthält, so setzt er damit nicht wegen Fortfalls der Kenntnismöglichkeit die Widerrufserklärung außer Kraft, sondern er verstärkt nur seine Widerrufsabsicht. Aus diesem Grunde rechtfertigt sich auch die Beschränkung des § 2257 BGB. auf nur testamentarische Widerrufserklärungen. Denn aus der späteren Vernichtung einer widerrufenden Veränderung kann nie auf einen Widerrufswillen geschlossen werden. Wie bei allen Willenserklärungen ist auch von dem Widerruf durch Veränderungen zu fordern, daß er den Erben zur Kenntnis gebracht wird. Schon vor der späteren Vernichtung war diese widerrufende Erklärung aber den Erben so nahe gebracht, daß sie im Erbfall Kenntnis von dem Widerruf nehmen könnten. Die tatsächliche Überführung in den Wahrnehmungsbereich des Empfängers wird hierbei von keiner Erklärung, auch im Falle des § 130 BGB. nicht, gefordert [119]).

116) Lange, Iherings Jahrb. Bd. 82 S. 25, 30.
117) Manigk, Willenserklärung § 61 S. 328 ff.
118) Kipp § 11 II Anm. 2 S. 37.
119) Manigk, Willenserklärung § 62 S. 333; RGR.Komm. § 130 I S. 197; Warneyer § 130 II S. 219; Sörgel § 130 S. 115.

§ 6. Der Widerruf gemäß § 2256 und seine rechtliche Natur.

Der § 2256 BGB. lautet:

„Ein vor einem Richter oder Notar oder nach § 2249 errichtetes Testament gilt als widerrufen, wenn die in amtliche Verwahrung genommene Urkunde dem Erblasser zurückgegeben wird.

Der Erblasser kann die Rückgabe jederzeit verlangen. Die Rückgabe darf nur an den Erblasser persönlich erfolgen.

Die Vorschriften des Abs. 2 gelten auch für ein nach § 2248 hinterlegtes Testament. Die Rückgabe ist auf die Wirksamkeit des Testaments ohne Einfluß."

Der Widerruf gemäß § 2256 BGB. ist im Gegensatz zu den vorher behandelten Widerrufsarten durch drei Tatbestandsmerkmale eingeschränkt. Einmal gilt die gesetzliche Fiktion des Widerrufs nur bei richterlichen, notariellen oder Gemeindetestamenten. Ausgeschlossen ist deshalb die Widerrufswirkung bei eigenhändigen Privattestamenten und bei allen Testamenten, bei denen die Hinterlegung nur gestattet ist. Ist die amtliche Verwahrung auch nicht Voraussetzung für die Gültigkeit des errichteten Testaments, für die Widerrufswirkung gemäß § 2256 ist sie jedenfalls wesentlich. Der gemeinrechtliche Streit [120]), ob die Rücknahme für sich allein Widerrufswirkungen erzeugen könne oder ob dazu noch eine weitere Tathandlung notwendig sei, ist durch das Gesetz zugunsten der ersteren entschieden. Nur bei eigenhändigen Testamenten und anderen nicht zu verwahrenden Urkunden bedarf es außer der Rücknahme noch einer besonderen Widerrufshandlung, weil bei diesen die amtliche Verwahrung eine Ausnahmeerscheinung ist [121]). Damit ist auch bereits angedeutet, daß weiterhin ein Erfordernis für den Widerruf nach § 2256 das Verbringen in die amtliche Verwahrung ist. Von der Pflicht das Testament zu verwahren, kann der Erblasser — obwohl das Testament auch ohne die amtliche Verwahrung gültig ist — den Richter oder Notar nicht entbinden, da es sich hier um eine über die Parteivereinbarung erhabene Amtspflicht handelt [122]). Streitig ist nur die Frage, ob Richter und Notar berechtigt sind, dem Erblasser das Testament auch vor der amtlichen Verwahrung zurückzugeben, wenn dieser das Testament widerrufen will. Waentig [123]) kommt zu dem m. E. richtigen Ergebnis, daß eine solche Berechtigung besteht, wenn der Erblasser gleich in Gegenwart der Amtspersonen an dem Testament eine Veränderung oder die Vernichtung vornimmt. Zwar haben Richter und Notare nach Landesrecht die Pflicht, das Testament in die Verwahrung zu bringen. Diese auch in § 2246 BGB. ausgesprochene Pflicht ist aber dadurch ausgeschlossen, daß dem Erblasser durch den § 2255 ein Widerrufsrecht gewährt worden ist, auf das er jederzeit Anspruch hat. Der Widerruf des Testaments liegt aber dann nicht in der Rückgabe allein, sondern in der sich daran anschließenden Vernichtung oder Veränderung. Nicht kann man deshalb mit Kipp und Fr. Leonhard [124]) in dem vom Erblasser verlangten Ausschluß der amtlichen Ver-

---

120) Vgl. § 2 dieser Abhandlung.
121) Stölzle S. 46; Fr. Leonhard § 2256 II. A. S. 408.
122) Kipp § 14 VII S. 58; Fr. Leonhard § 2256 II E. S. 408.
123) Waentig D.Not.V. 1908 S. 635.
124) Kipp a.a.O.; Fr. Leonhard a.a.O.

wahrung oder dem Rückgabeverlangen vor der Hinterlegung bereits einen Widerruf oder den Ausdruck nicht ernstlichen Testierwillens erblicken. Denn Richter und Notar handeln, wenn sie dem Erblasser das Testament ausliefern, ohne für die Vernichtung auch Sorge zu tragen, pflichtwidrig. Aus einer solchen Handlung können wohl Schadensersatzansprüche entstehen, niemals aber können pflichtwidrige Handlungen erbrechtliche Wirkungen erzeugen[125]). Endlich ist laut Gesetzes die Widerrufswirkung nur an die Aushändigung geknüpft, die an den Erblasser persönlich erfolgt. Die Ansicht Fr. Leonhards[126]), daß auch die Rückgabe an einen mit Vollmacht versehenen Bevollmächtigten genügen müsse, ist bereits in den Beratungen der zweiten Kommission zum BGB. ablehnend entschieden worden. Dort[127]) heißt es ausdrücklich, daß ein Antrag zur entsprechenden Fassungsänderung gestellt worden sei, da es übertriebene Ängstlichkeit bedeute, die Aufhebung einer letztwilligen Verfügung nur durch Rückgabe an den Testator zuzulassen. Dieser Antrag sei jedoch von der Mehrheit abgelehnt worden, die den § 1935 (heutigen § 2256 BGB.) unverändert angenommen habe. Nach diesen Vorverhandlungen, durch die sich das BGB. allerdings in Widerspruch mit früheren Landesrechten — z. B. ALR. § 571 I 12 — stellt, würde es dem Wortlaut des Gesetzes und dem klaren Willen des Gesetzgebers widersprechen, wollte man doch die Rückgabe an einen Bevollmächtigten zulassen. Das geht sogar soweit, daß für den Fall, daß der Erblasser außerstande ist, persönlich das Testament bei der Hinterlegungsstelle in Empfang zu nehmen, der Richter sich zu ihm begeben muß. Ist die persönliche Rückgabe infolge Wohnsitzveränderung des Erblassers erschwert, so hat sie im Wege der Rechtshilfe zu erfolgen[128]).

Die Rücknahme muß von dem Willen des Erblassers getragen sein. Keine Widerrufswirkung erzeugt daher ein Testament, das dem Erblasser ohne dessen Willen ausgehändigt wird. Hat der Erblasser eine andere Urkunde zurückverlangt, und erhält er statt dieser sein Testament, so ist dieses nicht widerrufen, da er keinen Rücknahmewillen hatte. Ebensowenig ist, worauf schon Ahammer[129]) hingewiesen hat, ein Testament widerrufen, das dem Erblasser auf sein Verlangen ausgehändigt wurde, aber nicht sein eigenes war. Die Wirkung des Widerrufs ist an die Rückgabe geknüpft. Erhält deshalb der Erblasser das Testament auf andere Weise zurück, so wird damit nicht die Widerrufswirkung ausgelöst. Daß dieses Testament jedoch noch auf die Art des § 2255 widerrufen werden kann, ist oben[130]) bereits dargelegt worden. Da zu einem Widerruf nach § 2256 die Rückgabe erforderlich ist, so ist ein bloßes Verlangen zur Rückgabe gegenstandslos. Stirbt der Erblasser, nachdem er zwar den Antrag auf Rücknahme gestellt hat, aber noch vor der Aushändigung, so bleibt das Testament trotz des offensichtlich entgegenstehenden Willens gültig. Denn auch der fiktive Widerruf nach § 2256 kann nur zu Lebzeiten des Erblassers erfolgen. Nur aus-

125) So auch die herrschende Lehre Planck § 2256 3 S. 765; RGR.Komm § 2256 2 S. 310; Eichhorn-Goldmann S. 102; Warneyer 1913 Nr. 245.

126) Fr. Leonhard § 2256 II. C. S. 409.

127) Protokolle § 1935.

128) Planck § 2256 1 S. 765; Warneyer § 2256 S. 1291.

129) Ahammer S. 25.

130) Vgl. § 5 dieser Abhandlung.

nahmsweise kann schon das Verlangen auf Rückgabe Widerrufswirkungen zeitigen, wenn nämlich das schriftlich erklärte Verlangen ausnahmsweise die Form eines eigenhändigen Testaments enthält[131]). Daraus, daß dem Rückgabeverlangen noch keine Widerrufswirkung zukommt, ist zu folgern, daß die Testierfähigkeit des Erblassers nur zur Zeit der Aushändigung zu bestehen braucht. Ob sie zur Zeit des Verlangens der Rückgabe vorlag, ist für den Widerruf nach § 2256 bedeutungslos.

Ist das Testament aus der amtlichen Verwahrung zurückgenommen, so gilt es auch ohne oder sogar entgegen dem Willen des Erblassers gemäß § 2256 als widerrufen. Die Gültigkeit kann der Erblasser nicht dadurch wiederherstellen, daß er das Testament in die amtliche Verwahrung zurückbringt. Will der Erblasser den eingetretenen Widerruf durch Rücknahme widerrufen, so muß er den vollen Errichtungsakt vor dem Richter oder Notar wiederholen. Allerdings kann der Erblasser sein bereits früher übergebenes und dann zurückgenommenes Testament bei dem neuen Errichtungsakt abermals verwenden. Über den neuen Akt ist aber ein völlig neues Protokoll aufzunehmen[132]). Ebensowenig kann der Erblasser dem durch Rücknahme widerrufenen Testament dadurch Gültigkeit verleihen, daß er testamentarisch erklärt, daß er diesen Widerruf nochmals widerrufe. Auf diese Weise würde das früher zulässige testamentum mysticum wieder in das BGB. eingeführt werden, das vom Gesetzgeber nicht mehr aufgenommen worden ist[133]).

Für das BGB. muß an dem strengen Grundsatz festgehalten werden, daß die Urkunde, auf die sich eine testamentarische Erklärung bezieht, selbst ein formgültiges Testament darstellt[134]). Die Widerrufswirkung tritt nicht ein, wenn der Erblasser sich das Testament nur zur Einsichtnahme unter sofortigem Wiederverschluß vorlegen läßt. Denn hier will der Erblasser das Testament garnicht zurücknehmen. Er nimmt das Testament auch nicht zurück. Der Erblasser will lediglich auf kurze Zeit Zutritt zu der amtlichen Verwahrung haben, in der sich das Testament befindet. Das Testament soll aber auch weiterhin darin verbleiben[135]). Die frühere Ansicht[136]), daß der Erblasser nur Rückgabe des Testaments, nicht aber auch Vorlegung zur Einsicht verlangen könne, wird heute von fast niemandem mehr aufrechterhalten[137]).

Da das Gesetz an die Rücknahme des Testaments aus der amtlichen Verwahrung die Fiktion des Widerrufs knüpft, so ist ein entgegenstehender Wille des Erblassers als mit dem Gesetz unvereinbar bedeutungslos. Ebenso ist auch der bloße Mangel des Aufhebungswillens ohne Einfluß auf die Widerrufswirkung[138]). Auch ein Testament, das der Erblasser ohne die Widerrufsfolgen zu kennen, zurücknimmt, gilt gemäß § 2256 BGB. als widerrufen. Damit ist der Widerruf eines öffentlichen Te-

131) Ahammer S. 25; Strohal § 42 III 3 S. 315.
132) Kipp § 21 III S. 80; Planck § 2256 6 S. 767; Crome § 655 Anm. 44; OLG. Bd. 34 S.307.
133) Mot. S. 32, 294; Ahammer S. 20.
134) Planck § 2086 3 S. 753; Ahammer S. 20.
135) Kipp § 21 3 Anm. 13 S. 79; Sörgel § 2256 S. 1887; OLG. Bd. 9 S. 411; KG. JFG. Bd. 4 S. 159.
136) Eichhorn-Goldmann S. 102; Rausnitz S. 343.
137) So Planck § 2264 5 S. 781; Nadler-Fechner S. 125; Kipp § 14 VII S. 58; KG. in JW. 1927 S. 1650; KG. JFG. Bd. 4 S. 159.
138) Staudinger § 2253—57 III C.; KG. Bd. 41 S. 97; OLG. Bd. 34 S. 307.

staments durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung (§ 2256) aus der Gruppe der Rechtsgeschäfte ausgeschieden. Denn Rechtsgeschäfte dienen den Staatsbürgern dazu, ihre Rechtsverhältnisse im Rahmen des Erlaubten selbständig zu regeln[139]). Hier aber tritt die rechtliche Wirkung der Handlung ungewollt, rein ex lege ein. Man darf deshalb den Widerruf nach § 2256 nicht den übrigen Widerrufshandlungen in der rechtlichen Behandlung gleichstellen, mögen auch die Folgen, die das Gesetz an alle Arten der Widerrufsakte knüpft, gleicher Art sein. Für diejenigen rechtmäßigen Akte, deren Rechtswirkung ohne Rücksicht auf den Willen des Subjekts eintreten, sondern deren Inhalt direkt aus dem Gesetz bestimmt wird, hat sich der Ausdruck Rechtshandlungen im engeren Sinne eingebürgert[140]). Trotz der Verschiedenartigkeit der unter diesen Begriff fallenden Handlungen ist, wie heute fast allgemein anerkannt[141]), ihre einheitliche Zusammenfassung als Rechtshandlungen geboten. Begrifflich sind Rechtshandlungen diejenigen rechtswirksamen Handlungen, deren Rechtsfolgen ex lege eintreten, ohne Rücksicht darauf, ob sie gewollt sind oder nicht. Der Begriff ist also ein positiver[141a]). Wenn auch öfter noch in diese Begriffsbestimmung eingefügt wird, daß die Rechtshandlungen nicht Rechtsgeschäfte seien, so wird der Begriff nicht zum negativen. Dadurch wird nur das Positive der Gesetzeswirkung unterstrichen und in den Vordergrund gestellt, das bei den Rechtsschäften fehlt[142]).

Eine weitere Scheidung der Rechtshandlungen in geschäftsähnliche Handlungen und Realakte, wie Nipperdey[143]) es noch wollte, erscheint nicht angebracht. Einmal wird durch eine solche Scheidung das den Rechtshandlungen gemeinsame Merkmal, daß sie nicht auf Willenswirkung, sondern auf Gesetzeswirkung beruhen, verwischt. Es ist aber Aufgabe der Rechtswissenschaft, soweit nicht Gesetze eine einheitliche Behandlung gewisser Rechtsakte bestimmen, das Gleichartige zu gruppieren und gleichartig zu behandeln. Sodann ist, wie Manigk[144]) nachgewiesen hat, die Scheidung nicht genau. Die Begriffe Realakte und Rechtshandlungen gehen ineinander über, die einzelnen Akte der Rechtshandlungen lassen sich nicht nach einem so bestimmten Maßstab scheiden. Außerdem ist die einheitliche Zusammenfassung deshalb geboten, weil die kennzeichnenden Vorschriften und Merkmale beider Gruppen auf die gesamte Gruppe der Rechtshandlungen zutrifft. Das Gemeinsame der Gruppe der Rechtshandlungen ist abgesehen davon, daß die Folgen vom Willen losgelöst sind, darin zu finden, daß es eine bewußte, auf „den normierten Tatbestand gerichtete Handlung“[145]) sein muß, die eine Rechtshandlung darstellt. Immer müssen es Handlungen sein, die ein menschliches Verhalten voraussetzen. Rein tatsächliche Ereignisse,

---

139) Manigk, DJZ. 1902 S. 280.

140) Manigk, Willenserklärung § 154 S. 643; ders. Rechtshandlungen H.d.R. S. 666.

141) Manigk, Willenserklärung § 154 S. 643; Enneccerus-Nipp. § 128 III S. 413 Anm. 6; Lehmann § 38 I S. 295; v. Tuhr § 48 II 1 b S. 107 ff.

141a) Neustens dazu Manigk, Iher. Jahrb. 83, 4 ff.

142) Manigk, Artikel Rechtshandlungen S. 668.

143) Enneccerus-Nipperdey § 128 S. 415 ff.

144) Manigk, Artikel Rechtshandlungen S. 667. Vgl. ferner Iherings Jahrb. 83, 12 ff., 20 f.

145) Manigk, Artikel Rechtshandlungen S. 667.

die eine rechtliche Folge zeitigen, sind aus dem Gebiet der Rechtshandlungen auszuscheiden. Keine Rechtshandlungen sind deshalb Naturereignisse, wie Anspülungen und Abschwemmungen, und menschliche Handlungen im Zustande der Bewußtlosigkeit. Der § 105 Abs. 2 BGB. ist daher in diesem Falle auch auf Rechtshandlungen anwendbar. Der dort für Rechtsgeschäfte niedergelegte Fortfall einer Voraussetzung zur Geschäftsfähigkeit ist, was auch P. Klein übersieht[146]), der Fortfall einer Voraussetzung der menschlichen Handlungsfähigkeit überhaupt[147]). Der Paragraph ist daher auch auf diejenigen Handlungen anzuwenden, die zwar nicht Rechtsgeschäfte sind, aber ein menschliches Handeln zur Voraussetzung haben. Damit ist zugleich gesagt, daß es ein menschliches Verhalten sein muß, das eine Rechtshandlung darstellt. Keine Rechtshandlungen sind deshalb solche Tatsachen, die zwar dem Menschen eigen sind, und an die die Rechtsordnung auch Wirkungen knüpft, die aber trotzdem keine Handlung voraussetzen, z. B. Erreichen eines Lebensalters, Geburt und Tod[148]).

Daß über diese Begriffsbestimmung hinaus keine weiteren gemeinsamen Sätze aufgestellt werden können, wie Nipperdey meint,[149]), ist nicht anzuerkennen. Die von ihm bekämpften Sätze Kleins und Manigks[150]) sind durch seine Hinweise keineswegs entkräftet. Daß z. B. eine Mahnung nicht bedingt und befristet sein kann, ist ohne weiteres anzuerkennen. Denn Bedingung und Befristung können nur da möglich sein, wo der Handelnde die Wirkungen seiner Handlung frei bestimmen könne[151]). Der von Nipperdey[152]) gebildete Fall, daß jemand seinen Schuldner doch auffordern könne, eine jetzt bereits fällige Summe zu bezahlen erst nach Erhalt einer Zahlung seines Schuldners, ist seiner Begründung nach verfehlt. In dieser Aufforderung liegt gar keine Bedingung im Sinne des § 158 BGB. Denn bedingt werden können nur die Rechtsfolgen. Was hier aber bedingt wird, ist die Tatsache des Zahlungstermins, nicht aber die sich aus dessen Versäumung ergebenden Rechtsfolgen des Verzugs[152a]).

Eine derartige Rechtshandlung ist auch der Widerruf eines öffentlichen Testaments durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung. Auch hier sind die Rechtsfolgen nicht abhängig von dem Willen des Erblassers. Auch diese Handlung bedingt ein menschliches Verhalten. Der Ansicht Strohals[153]) ist deshalb Folge zu leisten. Er meint, daß ein Erblasser, der im Zustande der vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit das Verlangen auf Rückgabe eines Testaments stellt, auch nicht wirksam widerrufen könne, wenn ihm das Testament zwar nicht in diesem Zustand aber doch in einer Lage zurückgegeben wird, in der er den Rückgabeakt einfach über sich ergehen läßt. Hier nimmt der Erblasser keine Handlung vor, die Wider-

146) P. Klein, Rechtshandlungen S. 50.
147) Manigk a.a.O. S. 667.
148) Manigk a.a.O. S. 667; Klein a.a.O. S. 9.
149) Enneccerus-Nipperdey § 128 III Anm. 6 S. 413.
150) P. Klein a.a.O. S. 20 ff.; Manigk, Irrtum und Auslegung S. 2 ff.; ders. Artikel Rechtshandlungen S. 666.
151) P. Klein, Rechtshandlungen S. 23.
152) Enneccerus-Nipperdey a.a.O. S. 414.
152a) Dazu jetzt Manigk, Jher. Jahrb. 83, 13 f.
153) Strohal § 42 3 c S. 316.

rufswirkung erzeugen könnte. Die allgemeinen Voraussetzungen einer Willenserklärung wie z. B. Geschäftsfähigkeit, Stellvertretung usw. sind auf Rechtshandlungen grundsätzlich nicht anwendbar. Denn ihnen fehlt der Hauptbestandteil einer Willenserklärung: der rechtsgeschäftliche Wille. Doch ist schon in § 3, 2 dieser Abhandlung darauf hingewiesen worden, daß neben der Tatsache, daß der Erblasser die Urkunde zurücknimmt, ein auf die Rücknahme gerichteter Wille des Erblassers wesentlich ist. Aus diesem Grunde, nicht aber weil die Rechtsfolgen aller Widerrufsakte gleicher Natur sind [154]), ist auch für den Widerruf nach § 2256 BGB. Widerrufsfähigkeit zu fordern. Denn der Widerruf nach § 2256 BGB. ist eine Rechtshandlung mit erheblichem inneren Willen.

Dritter Abschnitt.

Die rechtlichen Folgen des Widerrufs.

§ 7.

Der Widerruf kann, wie im Vorigen dargetan ist, in drei verschiedenen gesetzlich festgelegten Formen erfolgen. Nur diese Akte sind zulässig, die sich materiell als ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung, als Willensgeschäft oder als Rechtshandlung mit erheblichem inneren Willen erweisen. Andere Handlungen, mögen sie auch noch so schlüssig den Widerrufswillen des Erblassers ergeben, können nie dazu dienen, einem Testament seine Gültigkeit zu nehmen [155]). Der Widerruf eines Testaments richtet sich gegen den Inhalt der Urkunde, nicht gegen den urkundlichen Bestand des früheren Testaments. Das gilt sogar bei einem Widerruf durch Vernichtung der Testamentsurkunde. Denn die Vernichtungshandlung ist nur das äußere Verhalten, durch das der Erblasser seinen inneren Willen, das Testament seinem Inhalt nach aufzuheben, zu einem für das Rechtsleben bedeutsamen erhebt. Daraus ergibt sich weiterhin, daß ein Widerrufstestament, das sich nach dem Wortlaut auf den ganzen Inhalt des früheren Testaments bezieht, durch Auslegung seines Inhaltes nur als teilweiser Widerruf Wirksamkeit erlangen kann [156]).

1. Die Folgen des gänzlichen Widerrufs.

Die Wirkung eines gültigen Widerrufs des ganzen Testaments ist die Aufhebung des widerrufenen Testaments. Erklärt der Erblasser deshalb ausdrücklich oder durch einen Vermerk, der sich auf das ganze Testament bezieht, daß er diese Verfügung als nicht mehr rechtswirksam gelten lassen wolle, so ist das Testament seinem ganzen Umfang nach aufgehoben, es sei denn, daß durch Auslegung zu ermitteln ist, daß dieser Widerruf nur als teilweiser gedacht war. Denn ein Widerruf dieser Art als Rechtsgeschäft ist vom Willen des Handelnden abhängig und kann sich nicht weiter er-

154) So aber Kipp § 21 II 3 S. 79.

155) Staudinger § 2253—57 S. 790; RGR.Komm. § 2255 S. 309; Warneyer § 2255 S. 1290; RG. Bd. 104 S. 323.

156) Staudinger § 2253—57 III A. S. 789; RGR.Komm. § 2253 1 S. 308; RG. in Recht 1921 Nr. 584.

strecken, als der Wille des Erblassers ging. Vor allem ist nur ein Widerruf durch Rücknahme der Urkunde aus der amtlichen Verwahrung als gänzlicher Widerruf denkbar. Fraglich ist in diesen Fällen nur, ob ein derart widerrufenes Testament, wenn es die Formerfordernisse eines eigenhändigen Testaments erfüllt, als eigenhändiges Testament aufrechterhalten werden kann. Planck, Cohn u. a.[157]) sprechen sich für die Möglichkeit aus, daß ein Testament, das der Erblasser als eigenhändiges errichtet hatte, und dann der größeren Sicherheit wegen als öffentliches Testament übergibt, durch Rücknahme nur den Charakter eines öffentlichen Testaments verliere, als eigenhändiges jedoch aufrechterhalten werden könne. Auszugehen ist bei Beantwortung dieser Frage zunächst davon, daß öffentliches und eigenhändiges Testament vollkommen gleichwertig sind[158]). Ein öffentliches Testament kann deswegen durch ein Privattestament, ein Privattestament durch ein öffentliches widerrufen werden. Aus dieser Gleichstellung darf aber nicht unbedingt darauf geschlossen werden, daß die Zurücknahme eines öffentlichen Testaments nicht als Widerruf gilt, wenn die Urkunde die Formerfordernisse des § 2231 Ziff. 2 BGB. erfüllt. Hatte der Erblasser bei der Niederschrift der übergebenen Urkunde noch garnicht den Testierwillen, sondern betrachtete er selbst die Urkunde nur als einen Entwurf, der erst durch die Übergabe zu einem Testament werden sollte, so fehlte ihm bei der Niederschrift auch der rechtsgeschäftliche Wille zu testieren. Aus diesem Grunde kann auch die Zurücknahme des dann öffentlichen Testaments nicht dazu führen, das nunmehr seines öffentlichen Charakters entkleidete Testament als Privattestament aufrechtzuerhalten, nur weil es dessen Formerfordernisse erfüllt[159]). Hatte der Erblasser zunächst den Willen eigenhändig zu testieren und übergibt er dann die Schrift als öffentliches gemäß § 2238 BGB., so verwandelt sich das Testament nunmehr mit der Übergabe in ein öffentliches. Der Charakter des ursprünglich eigenhändigen Testaments geht damit verloren[160]). Nimmt der Erblasser ein solches Testament zurück, so verliert es deshalb seine Gültigkeit und kann nicht mehr als eigenhändiges aufrechterhalten werden[161]). Diesem Ergebnis widerspricht auch nicht, wie z. B. Cohn[162]) meint, die Tatsache, daß eine gemäß § 2238 BGB. übergebene Schrift, die die Erfordernisse des Privattestaments erfüllt, als eigenhändiges Testament aufrechterhalten werden kann, wenn der Errichtungsakt wegen Formfehlers nichtig ist oder nach § 2252 BGB. nichtig werden sollte, eine Tatsache, die heute wohl allgemein anerkannt ist[163]). In diesem Falle war die Errichtung eines Testaments gewollt, nur durch den Verstoß eines Beamten ist die der größeren Sicherheit wegen beabsichtigte Form nicht zustande gekommen.

157) Planck § 2231 III 2 S. 714; Cohn D.Not.V. 1914 S. 382; Strohal § 42 III S. 317; Sörgel § 2238 S. 1878; KG. Bd. 50 S. A. 83.

158) RGR.Komm. § 2231 1 S. 289; Cohn D.Not.V. 1914 S. 371.

159) Ahammer S. 22.

160) RGR.Komm. § 2256 5 S. 311; Kipp § 21 Anm. 13 S. 79; Fr. Leonhard § 2256 II A. S. 408; Kretschmar § 21 II 3 b S. 106.

161) So die in Anm. 160 zitierten. A. M. Planck § 2231 III 2 S. 717; Cohn a.a.O. S. 382; Crome § 649 Anm. 75; Strohal § 42 III S. 317; Dernburg, Bürg.R. Bd. V S. 77; Sörgel § 2238 S. 1878.

162) Cohn, D.Not.V. 1914 S. 373; Planck § 2231 III 2 S. 717.

163) Staudinger § 2231 II S. 736; Kretschmar § 18 V 5 S. 96; Kipp § 14 IV 2 S. 53; RG. Bd. 104 S. 320; A. M. nur Küntzel bei Gruchot Bd. 41 S. 601.

Das ursprünglich eigenhändige Testament war also noch garnicht zu einem öffentlichen geworden. Aus diesem Grunde kann es auch als privates aufrechterhalten werden. Ist es aber einmal zu einem öffentlichen geworden, so kann es nicht dadurch wieder zu einem privaten werden, weil es nur zufällig oder absichtlich die Formerfordernisse eines solchen an sich trägt. Die Rücknahme eines öffentlichen Testaments zieht also in jedem Falle die Widerrufswirkung nach sich. Nur wenn ein Privattestament, das gemäß § 2248 BGB. übergeben werden sollte, aber durch Versehen des Beamten nach § 2238 BGB. in Verwahrung genommen wird, so kann die Rücknahme dieses Testaments keine Widerrufswirkung erzeugen, da hier überhaupt ein öffentliches Testament garnicht vorlag[164]).

Wird ein Testament durch ein zweites widerrufen, das neben der Widerrufserklärung neue positive Bestimmungen z. B. neue Erbeinsetzungen oder Vermächtnisse enthält oder durch ein zweites Testament, das mit dem ersten inhaltlich in Widerspruch steht, aufgehoben, so sind zunächst die Folgen die gleichen wie bei einem gänzlichen Widerruf. Es kann jedoch möglich sein, daß die beabsichtigten Folgen des zweiten sonst gültigen widerrufenden oder aufhebenden Testaments z. B. infolge Vorversterbens der neu Bedachten nicht eintreten können. In diesen Fällen bleibt der Widerruf oder die Aufhebung des ersten Testaments gültig, trotzdem die Erfüllung des zweiten Testaments gegenstandslos geworden ist[165]). Denn das zweite Testament brachte den Widerrufswillen so deutlich zum Ausdruck, daß ein Wiederaufleben der ersten Verfügung nicht mehr möglich ist. Die gegenteilige Ansicht Fr. Leonhards[166]), die das zweite Testament nur dann für fortbestehend gelten lassen will, wenn der Widerrufswille neben den neuen positiven Bestimmungen ausgesprochen worden ist, nicht aber wenn der Wille aus den positiven Bestimmungen erst gefolgert werde, würde zu einem unbilligen Ergebnis führen, da dann der letzte Wille des Erblassers in einigen Fällen nicht zur Ausführung käme. Denn es kann sehr wohl sein, daß der Erblasser den erst eingesetzten Erben endgültig durch ein zweites Testament von der Erbfolge ausschließen wollte. Würde man nun, nachdem das zweite Testament unmöglich geworden ist, doch wieder das erste Testament wirksam werden lassen, so würde die beabsichtigte Erbausschließung wider den Willen des Erblassers gegenstandslos geworden sein. Andererseits muß aber das zweite aufhebende Testament gültig und möglich sein. Es darf nicht wegen eines Verstoßes gegen § 2065 BGB. oder, weil der Bedachte bereits bei der Einsetzung verstorben war, nichtig sein[167]). Die Ansicht Strohals[168]), daß es für die Beurteilung des Aufhebungswillens des Erblassers gleichgültig sei, ob der Bedachte ohne Wissen des Erblassers schon vor der Testa-

---

164) Ahammer S. 23.

165) Herzfelder in JW. 1922 S. 629; Staudinger § 2258 1 S. 794; Kretschmar § 21 III 2 S. 108; RGR.Komm. § 2258 1 S. 312; Planck § 2258 2 S. 769; jetzt auch Kipp § 21 III Anm. 15 S. 80.

166) Fr. Leonhard § 2258 II C. S. 410; auch noch Kipp in der Vorauflage § 21 III Anm. 15 S. 74.

167) Planck § 2258 2 S. 769; Fr. Leonhard § 2258 II A. S. 310; Eichborn-Goldmann S. 105.

168) Strohal § 42 Anm. 7 S. 313; neuerdings auch RG. in JW. 1922 S. 629. Dagegen mit Recht Herzfelder in JW. 1922 S. 629.

mentserrichtung gestorben sei, oder ob er erst später aber noch vor dem Erbfall sterbe, ist nicht zu billigen. Einmal muß man einem Testament, das die Einsetzung eines bereits Verstorbenen enthält, mit größtem Mißtrauen begegnen, da es meistens in diesen Fällen an der Ernstlichkeit des Aufhebungswillens mangelt. Zudem geht aber aus § 2258 BGB. eindeutig hervor, daß aufhebende Wirkung nur der positive Inhalt des späteren Testaments hat. Ist das spätere Testament wegen Formmangels nichtig oder durch bereits Verstorbensein des neuen Erben unmöglich, so kann nie der positive Inhalt des späteren Testaments aufhebend wirksam werden. Der besondere Aufhebungswille kann nicht, wie das Reichsgericht a.a.O. ausführt, als etwas Gesondertes aus dem positiven Inhalt herausgeschält werden, da der Wille nur d u r ch den positiven Inhalt wirksam werden kann. Ist aber in einem Testament eine Anordnung durchstrichen und durch eine neue an den Rand geschriebene ersetzt worden, so lebt die durchstrichene nicht deshalb wieder auf, weil die neue wegen Formmangels nichtig ist. Denn hier war der Widerruf bereits gültig erfolgt [169]). Wohl aber kann unter Umständen aus dem Durchstreichen in Verbindung mit einem neuen Zusatz gefolgert werden, daß der Erblasser nur dann den Aufhebungswillen hatte, wenn auch die neue Verfügung gültig sei. Dann lebt die alte zwar nicht wieder auf, aber der Widerruf war wegen des fehlenden Willens nichtig [170]).

Wird das Widerrufstestament selbst — soweit zulässig — widerrufen, so wird es unwirksam und die zuerst widerrufende Verfügung wiederhergestellt, als wäre sie nie widerrufen worden. Diese im Wortlaut des § 2257 BGB. der Widerrufung des Widerrufs beigesellte Wirkung einer rückwirkenden Wiederherstellung entspricht auch dem gemeinen und preußischen Recht [171]). Bei dem zweiten Widerruf ist aber zu beachten, daß er nur insoweit Widerrufswirkung hat, als er vom Erblasser gewollt ist. Ja es ist sogar möglich, daß sich aus den neuen positiven Bestimmungen oder durch Auslegung ergibt, daß der Erblasser ein Wiederaufleben des ursprünglichen Testaments ausschließen wollte. Dann bleibt auch die erste letztwillige Verfügung trotz des doppelten Widerrufs unwirksam [172]). Ein solcher Wille kann aber nicht in einer einfachen Durchstreichung oder Rücknahme des Widerrufstestaments aus der amtlichen Verwahrung zum Ausdruck kommen. Die oft angegriffene Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart [173]) ist deshalb wegen ihrer Begründung verfehlt. Dort hatte eine Frau in ihrem eigenhändigen Testament ihren Mann auf das Pflichtteil beschränkt. Dieses Testament hatte sie durch ein zweites öffentliches Testament widerrufen, worin sie aber die Beschränkung ihres Ehemannes auf das Pflichtteil aufrechterhielt. Das zweite Testament widerrief sie durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung. Dadurch hatte sie dem ersten Testament wieder zur Gültigkeit verholfen. Nicht aber kann man in der Rücknahme auch einen Widerruf des ersten Testaments erblicken, nur weil beide Testamente eine

169) OLG. Bd. 34 S. 316.

170) Kipp § 13 Anm. 35 S. 49; RG. Bd. 111 S. 261 ff.

171) Planck § 2257 1 S. 767; Windscheid § 565 Anm. 7 S. 107; Eichhorn-Goldmann S. 104.

172) RGR.Komm. § 2257 2 S. 311; Sörgel § 2257 S. 1887; Staudinger § 2253–57 IV S. 794.

173) OLG. Bd. 20 S. 432.

Beschränkung des Ehemannes auf das Pflichtteil enthalten. Denn dadurch, daß man, wie das OLG. entschieden hat, die Pflichtteilsbeschränkung des Ehemannes aufhebt, schmälert man die Rechte der übrigen im ersten Testament Bedachten. Eine Folge, die aus der Rücknahme allein nicht geschlossen werden kann[174]). Enthält aber das zweite Testament sachlich trotz der ausdrücklichen Widerrufserklärung keinen Widerruf, sondern werden in dem zweiten „Widerrufstestament" dieselben Verfügungen getroffen wie im ursprünglichen, so enthält die Rücknahme des zweiten Testaments auch eine Aufhebung des ursprünglichen. Aber nicht deswegen, weil aus der Rücknahme auf einen solchen Willen geschlossen werden kann, sondern weil der Widerruf sachlich kein Widerruf war. Nur aus der ausdrücklichen Widerrufung des Widerrufstestaments kann unter Umständen auch die Aufhebung der ersten Verfügung geschlossen werden. Demgegenüber meinen allerdings Planck und Fr. Leonhard[175]), daß der Wille des Erblassers bei dem ausdrücklichen Widerruf nur insoweit in Betracht käme, als hierdurch bestimmt werden könne, inwieweit der zweite Widerruf dem ersten gegenüber wirken solle. Nicht aber könne der Erblasser es verhindern, daß die ursprüngliche Verfügung wiederauflebt. Aber einmal erscheint es unverständlich, inwiefern der Wille des Erblassers eine Rolle spielen solle für die Frage, ob der zweite Widerruf den ersten völlig oder teilweise beseitige, nicht aber für die doch davon abhängige Frage, ob auch die ursprüngliche Verfügung völlig oder teilweise weiterhin außer Kraft gesetzt bleiben solle. Beide Akte, der Widerruf und der Widerruf des Widerrufs, sind doch Rchtsgeschäfte, die vom Willen des Handelnden getragen werden. Er allein ist es, der die Rechtsfolgen und deren Umfang zu bestimmen hat. Demgegenüber gibt der § 2257 nur eine Auslegungsregel, wie zu verfahren ist, wenn der Wille bezüglich der ursprünglichen Verfügung nicht oder nicht klar ausgesprochen worden ist. Andererseits ist aber auch nicht einzusehen, warum ein Unterschied gemacht werden soll zwischen einem Testament, das sowohl den Widerruf des Widerrufs enthält als auch die ausdrückliche Erklärung, daß auch das erste ursprüngliche Testament nicht wieder aufleben solle — eine Tatsache, die doch wohl jeder auch als gültigen Widerruf des ersten ursprünglichen Testaments ansehen wird — und einem Widerruf, der etwa den Inhalt hätte: nachdem ich mich nun auch mit meinem zweiten Erben veruneinigt habe, widerrufe ich jetzt auch mein zweites Testament. Beide Erklärungen enthalten in nicht mißzuverstehender Weise die Absicht sowohl das Widerrufstestament als auch das ursprüngliche Testament als rechtsunwirksam angesehen wissen zu wollen. Wird aber der Wille dahingehend ausgedrückt oder durch Auslegung ermittelt, daß auch die ursprüngliche Verfügung aufgehoben bleiben soll, so gelangt sie nicht wieder zu Kräften[176]).

2. Die Folgen des teilweisen Widerrufs.

Von vorneherein scheidet, wie oben bereits beiläufig erwähnt, bei einem Widerruf durch Rücknahme der Testamentsurkunde aus der amtlichen Ver-

174) Zustimmend RGR.Komm. § 2257 2 S. 311; Kipp § 21 Anm. 16 S. 80.
175) Planck § 2257 4 S. 767; Fr. Leonhard § 2257 IV S. 409.
176) So auch die herrschende Meinung RGR.Komm. § 2257 2 S. 311; Sörgel § 2257 S. 1887; Crome § 655 Anm. 23 S. 115.

wahrung ein teilweiser Widerruf aus. Denn die Urkunde eines öffentlichen Testaments kann, selbst wenn sie aus mehreren Seiten besteht, nur als Ganzes aus der Verwahrung zurückgenommen werden. Hat der Erblasser bei der Rücknahme nur den Willen, das Testament teilweise zu widerrufen, so ist dieser Wille ebenso wie der Wille, das Testament durch Rücknahme überhaupt nicht zu widerrufen, gegenstandslos, da die Widerrufsfolgen nach § 2256 BGB. auch ohne und sogar gegen den Willen des Erblassers eintreten.

Wird der Widerruf ausdrücklich durch Testament nur auf einzelne Verfügungen beschränkt, so werden auch nur diese Verfügungen außer Kraft gesetzt, während die übrigen gültig bleiben. Es ist auch möglich, eine einzelne Verfügung nur teilweise zu widerrufen, die Verfügung sonst aber als gültig bestehen zu lassen. Der Widerruf einzelner Verfügungen oder eines Teiles einer Verfügung kann aber auch die Ungültigkeit der ganzen letztwilligen Verfügung nach sich ziehen, wenn gemäß § 2085 BGB. aus der widerrufenen Verfügung erhellt, daß der Erblasser diese nur im Hinblick auf die anderen Verfügungen getroffen hatte [177]).

Streitig ist nur, ob der Erblasser auch die Möglichkeit hat, durch Vernichtung oder Veränderung nur einen Teil seines Testaments seiner Gültigkeit zu entkleiden. Nicht möglich ist dies, wie von vorneherein klar, bei einer Vernichtung der Testamentsurkunde. Denn die Vernichtungshandlung richtet sich auf die Zerstörung der Substanz der Urkunde oder Aufhebung ihrer Zusammengehörigkeit. Hat deshalb ein Erblasser nur einen Teil seines Testaments vernichtet oder nur einen Teil des Testaments abgeschnitten, so ist die ganze letztwillige Verfügung widerrufen, da das Testament in seiner Gesamtheit aufgehoben ist. Das trifft auch auf den bei Kipp [178]) erwähnten Fall zu, daß der Erblasser einen Teil seines Testaments herausschneidet. Diese Handlung ist nicht, wie Kipp meint, eine Aufhebung nur dieser herausgeschnittenen Verfügung, sondern eine Zerstörung der Substanz der ganzen Urkunde. Mag auch sonst die Urkunde an einzelnen Stellen noch zusammenhängend sein, das Testament ist aufgehoben, da die Substanz der Urkunde so mißhandelt ist, daß ihr dadurch die Gültigkeit genommen ist.

Nur bezüglich der Veränderungen im Sinne des § 2255 herrscht heute noch in der Literatur und Rechtsprechung Streit. Die überwiegende Meinung [179]) hält einen teilweisen Widerruf durch Durchstreichen und Vermerke wie Annulliert für möglich auch ohne neue Datierung und Unterschrift. Die übrig bleibenden Verfügungen sollen durch diesen nur teilweisen Widerrufsakt nicht betroffen worden sein. Trotz des widersprechenden Wortlauts der §§ 2253 und 2255, von denen jener von dem Widerruf eines Testaments sowie jeder darin enthaltenen letztwilligen Verfügung spricht, dieser dagegen nur den Widerruf eines Testaments behandelt — ein

---

177) RGR.Komm. § 2253 1 S. 308.

178) Kipp § 21 II 2 S. 79.

179) Kipp § 21 II S. 79; Planck § 2255 3 S. 762; RGR.Komm. § 2255 3 S .309; Strohal § 21 a Anm. 28 S. 111; Staudinger § 2253—57 III B. S. 790; Herschel in JW. 1933 S. 148; Breslauer in JW. 1933 S. 149; RG. Bd. 69 S. 413; Bd. 71 S. 293; KG. in HRR. 1929 Nr. 1653; KG. JFG. Bd. 6 Nr. 27 S. 147.

Widerspruch, auf den schon das Reichsgericht hingewiesen hatte[180]) — hat die Literatur und Rechtsprechung doch die Möglichkeit eines teilweisen Widerrufs durch Veränderungen bejaht, weil § 2253 „nicht von der Form des Widerrufs handelt, sondern von der dem Erblasser zustehenden freien Befugnis zum Widerruf im allgemeinen handelt". Diese Begründung muß im Hinblick darauf, daß das eigenhändige Privattestament erst durch den Reichstag in das BGB. aufgenommen wurde, als bedenklich erscheinen[181]). Denn solange das Testament nur in öffentlicher Form errichtet werden konnte, und nur als solches Rechtswirkungen erzeugen konnte, war dem Erblasser der Widerruf — auch ein nur teilweiser — nur durch ein neues öffentliches Testament möglich. Es ist deshalb nicht angängig, die in der Hauptsache für das eigenhändige Testament bedeutsame Vorschrift des § 2255 BGB. ohne weiteres auch der ursprünglich nur für das öffentliche Testament gemünzten Bestimmung des § 2253 BGB. unterzuordnen. Man mag aber den vielleicht nur auf einem Redaktionsversehen beruhenden Widerspruch dahin deuten, daß im Interesse der einheitlichen Behandlung aller Testamentsbestimmungen auch Veränderungen an einem Teil des Testaments auch ohne Beifügung von Datum und Unterschrift gültig sind. Offen bleibt aber dann immer noch die Frage, ob der Rest des Testaments hierdurch nicht beeinträchtigt wird. Diese Frage wird m. E. unbedingt zu verneinen sein[182]). Bedeutungslos für diese Frage sind allerdings Änderungen oder Durchstreichungen, durch die nur zum Ausdruck gebracht werden soll, daß sich diese einzelne Verfügung mittlerweile durch andere äußere Umstände erledigt hat. Schreibt deshalb ein Erblasser an eine Erbeinsetzung oder ein Vermächtnis „Gilt nicht, da verstorben" oder streicht er sie aus diesem Grunde durch, so hat eine derartige Veränderung auf die Gültigkeit der übrigen Anordnungen keinen Einfluß, da hier nur der tatsächliche Wegfall des Bedachten einwandfrei hervorgehoben werden sollte, nicht aber eine Willensänderung zum Ausdruck kam. Eine derartige Veränderung ist also garnicht getragen von dem im § 2255 BGB. erforderten Widerrufswillen des Erblassers.

Streicht der Erblasser aber eine Verfügung in Widerrufsabsicht oder ändert er sie sonst auf irgendeine Art, so verändert er damit sachlich auch den Inhalt des Testaments. Das erkennt die Rechtsprechung für erhöhende Änderungen unbedingt an. Das Reichsgericht[183]) hat in diesen Fällen immer erklärt, daß eine solche Änderung nur dann gültig sei, wenn der Zusatz neu datiert und unterschrieben sei. Denn eine solche Änderung sei eine neue letztwillige Verfügung, die die Formen des § 2231 Abs. 2 erfordere. Aber auch die Herabsetzung eines Vermächtnisses oder die völlige Streichung eines solchen ist eine neue letztwillige Verfügung. Warum sollte nicht auch an sie dieselben Anforderungen gestellt werden? Der Inhalt des Testaments wird durch die Streichung ebenso verändert wie durch eine Hinzusetzung. Der endgültige Abschluß des Testaments, so wie er Gültigkeit haben soll, wird damit aber hinausgeschoben auf einen späteren Termin, auf den Tag der

180) RG. Bd. 71 S. 302.
181) Herzfelder in JW. 1932 S. 1330.
182) Vgl. hierzu und zu dem Folgenden: Herzfelder in JW. 1932 S. 1330 ff.
183) RG. Bd. 71 S. 302 ff.; ebenso KG. JFG. Bd. 6 Nr. 27 S. 147; KG. in HRR. 1929 Nr. 1653.

Änderung. Das Datum des ursprünglichen Testaments ist somit unrichtig geworden, und der übrig gebliebene Teil mangels richtiger Datierung nicht mehr rechtsgültig[184]).

Gegen diese Lehre wendet sich allerdings neuerdings Herschel[185]). Er meint, daß der teilweise Widerruf eines Privattestaments durch Veränderungen dann zulässig sei, wenn die Änderung nicht gleichzeitig eine neue positive Verfügung darstelle. Als Beispiel führt er aus. Ein Erblasser setzt X, Y, Z zu gleichen Teilen als Erben ein. Wenn er jetzt den Z streiche, so ändere er das Testament positiv, da jetzt X und Y zu gleichen Teilen erben, also nicht mehr zu je ⅓, sondern zu je ½. Die Änderung sei deshalb ungültig, weil der Erblasser damit eine neue Verfügung getroffen habe. Diesen Ausführungen ist beizutreten. Nicht aber dem folgenden Beispiel: Ein Erblasser ordnet an, daß X zu ⅓ Erbe sein soll, über die anderen ⅔ verfügt er anderweitig. Streicht der Erblasser nun die Sätze über die ⅔, so soll nach der Ansicht Herschels diese Streichung auch ohne Datierung und Unterschrift gültig sein, da der Erblasser nicht neu verfügt habe. Er überlasse vielmehr die restlichen ⅔ ihrem Schicksal, der Intestaterbfolge. Erkennt man diese Ansicht als richtig an, so muß das dazu führen, daß ein Widerruf durch Vernichtung ohne neue Testamentserrichtung überhaupt keine letztwillige Verfügung sei. Denn auch bei der Vernichtung überläßt der Erblasser seinen Nachlaß der Intestaterbfolge. Diese Folgerung ist tatsächlich auch von Maenner[186])) gezogen worden. Wenn aber der Erblasser ein Testament vernichtet, so verfügt er immer, sei es bewußt oder unbewußt, über seinen Nachlaß. Denn die Erbfolge ist nunmehr eine andere geworden. Im einen Fall beruht die Änderung der Erbfolge auf dem positiven Willen des Erblassers, im anderen ist es eine Folge des Gesetzes, das anstelle des Erblassers testiert[187]).

Ohne neue Datierung ist deshalb ein auch nur teilweise durchstrichenes oder verändertes Testament rechtsunwirksam geworden. Man kann auch nicht auf dem Wege über § 2085 BGB. zu einer nur teilweisen Ungültigkeit des Testaments kommen, weil nicht nur eine einzelne Verfügung, sondern das ganze Testament infolge unrichtiger Datierung seine Rechtswirksamkeit verloren hat. Man kann auch nicht davon ausgehen, daß der § 2255 BGB. eine erleichterte Widerrufsform im Gegensatz zu § 2254 BGB. schaffen wollte. Allerdings sollte dem Erblasser durch diese Vorschrift die Möglichkeit gegeben werden, sein Testament oder (wenn man will) auch nur eine einzelne Verfügung erleichtert zu widerrufen. Greift aber diese Veränderung sachlich den Inhalt des ganzen Testaments an, so bedarf sie, um den Rest in seiner Gültigkeit zu belassen, derselben Form wie der ausdrückliche testamentarische Widerruf einer einzelnen Verfügung, der auch die sonstigen Verfügungen unangetastet läßt. Nur wenn im Einzelfall die Annahme geboten ist, daß der Erblasser lieber gar keinen Widerruf ausgesprochen hätte, als durch den teilweisen Widerruf das ganze Testament rechtsunwirksam zu machen, so kann der Inhalt des Testaments doch aufrecht erhalten werden.

184) Herzfelder in JW. 1932 S. 1331; ders. in JW. 1926 S. 165.
185) Herschel in JW. 1933 S. 148.
186) Maenner in LZ. 1925 Sp. 509/10.
187) Lange in Iherings Jahrb. Bd. 82 S. 4.

Allerdings ohne daß dann der Durchstreichung oder Veränderung aufhebende Kraft zukommt. Denn dann fehlt dem Erblasser der gemäß § 2255 BGB. erforderliche Wille zum Widerruf ,der hier wie bei allen Rechtsgeschäften als rechtserzeugend gefordert werden muß.

3. Die Folgen des mit Willensmängeln behafteten Widerrufs.

Die drei gesetzlich zugelassenen Formen eines Widerrufs sind, wie in den §§ 4—6 dieser Abhandlung dargelegt, in Bezug auf ihre rechtliche Natur und ihre Voraussetzungen so grundverschieden, daß auch die Folgen eines Willensmangels bei allen Widerrufsakten verschiedene sein müssen.

Im Gegensatz zu juristischen Tatsachen ist Voraussetzung für eine juristische Handlung — und das sind alle Widerrufsakte — in erster Linie ein bewußtes, menschliches Handeln. Liegt ein solches z. B. wegen Fehlens des Bewußtseins nicht vor, so kann es rechtlich auch keine Wirkungen erzeugen, da eine allgemeine Voraussetzung der Handlungsfähigkeit eines Menschen fortfällt. Der § 105 Abs. 2 BGB. findet deshalb auch auf alle Widerrufsakte gleichermaßen Anwendung [188]). Eine in solchem Zustand vorgenommene Widerrufshandlung ist in jedem Falle, welcher Rechtsnatur sie auch sei, von vorneherein unwirksam, mithin nichtig.

Verschiedener ist der Einfluß eines Willensmangels auf die Rechtsfolgen einer sonst bewußt vorgenommenen Widerrufshandlung. Soweit die Widerrufsakte rechtsgeschäftlicher Natur sind, ist die Frage, ob sie wegen Fehlens eines Willens nichtig oder anfechtbar sind, nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 116—118 und § 2078 BGB. zu prüfen, soweit nicht durch die besondere Rechtsnatur einzelner Widerrufsakte auch diese Vorschriften ausscheiden. Da für Rechtshandlungen im engeren Sinne eine andere Grundlage gegeben ist, kommen diese Vorschriften für einen Widerruf nach § 2256 BGB. nicht in Betracht [189]). Inwieweit er dennoch in Bezug auf den ihm innewohnenden, erheblichen, besonderen, inneren Willen nichtig oder anfechtbar sein kann, ist mangels allgemeiner Bestimmungen für Rechtshandlungen für diesen Widerrufsakt gesondert zu untersuchen und zwar unter Berücksichtigung der Bedeutung, die der innere Wille für die Rechtshandlung hat, ob er Tatbestandsmerkmal der Rechtshandlung ist oder nicht.

Ist der Widerruf eine Willenserklärung, so behauptet eine weit verbreitete Ansicht [190]), daß diese Vorschriften nur insoweit anwendbar seien, als die Bestimmungen sich auf Willenserklärungen jeder Art und nicht nur auf empfangsbedürftige bezögen, denn das Testament und sein Widerruf sei nicht empfangsbedürftig. Diese Ansicht ist in dieser Allgemeinheit unrichtig, besonders da die Scheidung in empfangsbedürftige und nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen, wie oben [191]) nachgewiesen wurde, nicht haltbar

188) Manigk, Rechtsgeschäfte S. 253; ders. Artikel Rechtshandlungen S. 667 und Iherings Jahrb. 83, 6.

189) A. A. Planck § 2077 2 S. 385.

190) Kipp § 22 I, II, III S. 82; Strohal § 41 III S. 297; Fr. Leonhard § 2078 I S. 228; Staudinger § 2065 6 S. 452; Planck § 2078 1 S. 388; RGR.Komm. § 2978 1 S. 188; RG. Bd. 104 S. 322.

191) Vgl. § 3, 1 dieser Abhandlung.

erscheint. Das entscheidende Kriterium muß also auf anderem Gebiete gesucht werden [191a]).

Der § 116 BGB. ist auch auf letztwillige Verfügungen, soweit sie eine Willenserklärung darstellen, anwendbar. Der rechtspolitische Gesichtspunkt, der die Einfügung des Paragraphen bedingte, trifft auch bei einem Widerruf zu. Durch § 116 sollte der Erklärende an seiner Erklärung, deren Rechtswirkung — nicht deren Erklärungshandlung [192]) — er insgeheim nicht wollte, festgehalten werden. Im Interesse der Verkehrssicherheit sollte der Erklärungsempfänger eine feste Grundlage dafür haben, daß er auf eine Willenserklärung vertrauen dürfe. Dieser Gesichtspunkt fällt auch im Testamentsrecht nicht weg. Zwar wird ein Testament sowie sein Widerruf erst wirksam, wenn der erklärende Erblasser bereits verstorben ist. Es ist also nicht er, der den Schaden zu tragen hat, sondern die Erben, die an der testamentarischen Erklärung festgehalten werden. Auf Grund dieses scheinbar unbilligen Ergebnisses wollten die Motive zum BGB. [193]) diese Folgerung dadurch umgehen, daß sie die Vorschriften über den geheimen Vorbehalt auf letztwillige Verfügungen nicht angewandt wissen wollten. Allein der innere Grund des § 116 liegt in dem Grundsatz der Verkehrssicherheit. Nicht die durch ein solches Testament benachteiligten Erben, sondern der eingesetzte Erbe, der aber nach dem geheimen Vorbehalt des Erblassers nicht Erbe werden sollte, hat einen solchen Anspruch auf Sicherheit. Es muß ihm die Möglichkeit gegeben werden, die Erbschaft sicher und ohne Beeinträchtigungsmöglichkeit durch andere antreten zu können. Wollte man die Anwendbarkeit des § 116 für letztwillige Verfügungen verneinen, so könnte sich niemand in den ungestörten Genuß einer Erbschaft setzen. Er müßte immer den Anspruch eines anderen fürchten, da die Möglichkeit eines geheimen Vorbehalts immer gegeben ist. Ein so weitgehendes Recht kann man aber den benachteiligten Erben nicht einräumen. Was für das Testament gilt, ist auch für den Widerruf anwendbar. Denn durch den Widerruf tritt eine andere Erbfolge ein. Die Erben haben dann genau dieselben Ansprüche auf Sicherheit wie die unter einem geheimen Vorbehalt eingesetzten Erben. Der Erblasser ist nicht befugt, mit letztwilligen Verfügungen sein Spiel zu treiben [194]). Im übrigen ist auch Satz 2 des § 116 auf den Fall eines Testaments anzuwenden. Wenn die Beteiligten wissen, daß der Testator eine Bestimmung des Testaments in Wirklichkeit nicht gewollt hat, daß sie vielmehr in anderem Sinne ausgesprochen ist, so gilt sie nicht [195]).

Auch die Anwendung der §§ 117, 118 BGB. ist bei einem rechtsgeschäftlichen Widerruf keineswegs ausgeschlossen. Für § 118 ist das heute wohl allgemein anerkannt [196]). Aber auch der § 117 findet Anwendung. Warum sollte ein Testament, das jemand zum Schein widerruft, nicht gültig bleiben, nur weil das Testament und sein Widerruf nicht empfangsbedürftig wären? Wenn der Erblasser einen solchen Widerruf durch Willenserklärung

---

191a) Zu der ganzen Frage jetzt Manigk, Jher. Jahrb. 83, 39 ff.
192) So aber Brodmann a.a.O. § 7 S. 57; dagegen schon Oertmann § 116 2 S. 378.
193) Motive Bd. V S. 46.
194) Prot. Bd. V S. 47.
195) Lange in Iherings Jahrb. Bd. 82 S. 7.
196) Z. B. Strohal § 41 III S. 297; Kipp § 22 III S. 82.

vornimmt, ohne einem anderen davon Mitteilung zu machen, wird allerdings meistens ein Fall des § 116 gegeben sein und dementsprechend der Widerruf gültig sein. Widerruft der Erblasser aber ein Testament, in dem er jemand zum Erben eingesetzt hatte, zum Schein mit dessen Einverständnis, um z. B. sich oder den Erben vor Belästigungen eines übergangenen Erben zu sichern, so wäre es dem Sinne des § 117 doch zuwider, wollte man den Widerruf doch als gültig gelten lassen. Auch der § 117 muß deshalb auf das Testament Anwendung finden[197]).

Nicht dagegen können die Vorschriften der §§ 116 bis 118 BGB. auf Widerrufsakte übertragen werden, die Willensgeschäfte sind, mithin einen Kundgebungszweck nicht verfolgen. Wie wir sahen, erfolgt ein Willensgeschäft ohne Erklärung. Es geschieht also nicht wie die Willenserklärung, um einem Gegner den inneren Willen zu vermitteln, sondern um dem inneren Willen rechtserzeugende Kraft zu verleihen. Der Wille wird vollendet in, aber nicht für die Außenwelt. Ist deshalb bei einem Widerruf durch Vernichtung der Widerrufswille nicht vorhanden, sondern nur scheinbar, nicht ernstlich oder mit einem geheimen Vorbehalt belastet vorhanden, so ist das ganze Willensgeschäft nichtig, weil ein Tatbestandsmerkmal fehlt. Denn die Handlung des Erblassers ist nicht von seinem Willen getragen.

Ist die Widerrufshandlung eine Rechtshandlung im engeren Sinne, so treten die Rechtsfolgen ein ohne oder gegen den Willen des Erblassers. Mängel in dem Widerrufswillen sind deshalb für den Eintritt der Widerrufsfolgen ohne Wirkung. Eine auch nur analoge Übertragung der Vorschriften für Rechtsgeschäfte ist wegen der gänzlich anderen Natur der Rechtshandlung ausgeschlossen[198]). Nun steckt aber in dem Widerrufstatbestand des § 2256 BGB. noch ein anderer innerer Wille, nämlich das Testament zurückzunehmen. Dieser Wille tritt zutage einmal in dem Verlangen des Erblassers zur Rücknahme, zum anderen in der tatsächlichen Rücknahme der Urkunde[199]). Da das Verlangen zur Rückgabe allein ohne rechtliche Folgen ist, wenn nicht auch der Rückgabeakt vollzogen wird, so scheidet es für die Frage, ob Willensmängel hierbei von Einfluß sein können, aus. Bei dem tatsächlichen Akt der Rücknahme scheiden aber ebenfalls die Vorschriften der §§ 116–118 BGB. aus. Nimmt der Erblasser die Testamentsurkunde tatsächlich zurück, so ist ein geheimer Vorbehalt, die Rechtsfolgen der Rücknahme nicht zu wollen, bedeutungslos. Denn § 2256 BGB. gilt auch in den Fällen, in denen ein Wille zur Rechtsfolge nicht vorliegt. Auch eine Rücknahme zum Schein oder ohne Absicht der Ernstlichkeit ist auf die Rechtsfolgen des § 2256 BGB. ohne Einfluß, da der Wille nicht in Bezug auf den Rücknahmeakt mangelhaft ist, sondern bezüglich der sich daraus ergebenden Rechtsfolgen. Nur in den Fällen, in denen der Erblasser überhaupt keinen Willen zur Rücknahme hatte, — er erhält z. B. durch Irrtum des Verwahrungsbeamten das Testament statt einer anderen geforderten Urkunde zurück — bleibt die Wirkung der Rechtshandlung aus, weil hier ein Tatbestandsmerkmal fehlt[200]).

197) Manigk, Willenserklärung § 56 S. 308; Lange in Iherings Jahrb. Bd. 82 [S. 7 Anm. 2.
198) Manigk, Willenserklärung § 169 S. 694.
199) Ahammer S. 37.
200) Vgl. Manigk, Willenserklärung § 169 S. 695.

N i c h t i g kann also, abgesehen von dem für alle juristischen Handlungen zutreffenden Fall des § 105 Abs. 2 BGB., n u r e i n W i d e r r u f s a k t d u r c h W i l l e n s e r k l ä r u n g s e i n o d e r e i n s o l c h e r d u r c h R e c h t s h a n d l u n g, w e n n d e r E r b l a s s e r z w a r h a n d l u n g s f ä h i g w a r, a b e r n i c h t d e n W i l l e n z u r R ü c k n a h m e d e s T e s t a m e n t s h a t t e.

Weiterhin kann eine Widerrufshandlung auch mit einem solchen Willensmangel behaftet sein, der den Widerrufsakt nicht von vorneherein nichtig, sondern nur anfechtbar macht, sodaß also der Widerruf gültig bestehen bleibt, wenn er nicht angefochten wird. Entsprechend den allgemeinen Vorschriften für rechtsgeschäftliche Akte, der §§ 119, 122, 123 BGB., ist für das Testamentsrecht eine besondere gesetzliche Regelung durch § 2078 BGB. getroffen worden, worin in Abs. 3 der Ausschluß der Schadensersatzpflicht des § 122 BGB. von vorneherein für alle Widerrufsakte bestimmt ist.

Der § 2078 BGB. umfaßt die Fälle des Irrtums des Erblassers über den Inhalt seiner Erklärung, den Fall, daß der Erblasser eine Erklärung dieses Inhalts garnicht abgeben wollte und den Fall der rechtswidrigen Drohung.

Der Fall, daß der Erblasser eine Erklärung dieses Inhaltes garnicht abgeben wollte, daß er sich also garnicht bewußt wurde, überhaupt eine Widerrufserklärung abgegeben zu haben, ist nicht etwa bereits von den Fällen des § 105 Abs. 2 BGB. mitumfaßt. Die Fälle des § 105 Abs. 2 umfassen die rechtlichen Folgen einer Erklärung, die in einem u n b e w u ß t e n Z u s t a n d getätigt worden ist, während der § 2078 die Fälle des mangelnden S o n d e r b e w u ß t s e i n s bei einer einzelnen Erklärung betrifft[201]). Das Sonderbewußtsein fehlt in dem Falle des Sich-Verschreibens, Verwechselns von Urkunden und sonstiger Zerstreutheit, der ungewußte Zustand hält an in den Fällen des Schlafes, der Hypnose und der Trunkenheit. Jene fallen unter § 2078 und sind lediglich anfechtbar, diese unter § 105 Abs. 2 und sind von Anfang an nichtig.

Soweit die Widerrufsakte Willenserklärungen sind, sind sie wegen Irrtums anfechtbar, wenn und soweit der Widerruf auf diesem Irrtum beruht. Der Irrtum muß also bestimmend gewesen sein für die Widerrufserklärung, jedoch braucht er nicht die alleinige Grundlage dafür zu sein[202]). Unschädlich ist es dagegen, wenn der Erblasser die zu widerrufende Verfügung nur falsch bezeichnet, sich durch Auslegung aber feststellen läßt, welche Verfügung gemeint war. Der Erblasser hatte von mehreren Nachträgen einen widerrufen wollen, gibt aber infolge falscher Datumsangabe einen anderen an oder will von mehreren Erbeinsetzungen eine widerrufen, bezeichnet aber eine andere als widerrufen. In allen diesen Fällen greift die Anfechtung wegen Irrtums nicht ein, sofern sich aus dem Inhalt der Widerrufserklärung durch Auslegung der Wille des Erklärenden erweisen läßt[203]).

Sind die Widerrufsakte wegen Irrtums anfechtbar, so ist Voraussetzung hierfür, ebenso wie nach § 119 BGB., daß der Erblasser die Erklärung bei Kenntnis der wahren Sachlage nicht abgegeben haben würde.

201) Manigk, Artikel Rechtshandl. S. 253.
202) Planck § 2078 2 a β S. 390; Mot. Bd. V S. 48; RG. Bd. 59 S. 39.
203) Kipp § 22 IV 1 S. 85; RG. in LZ. 1921 S. 376.

Nicht aber kommt es, wie sonst bei Rechtsgeschäften, auch darauf an, inwieweit der Erklärende bei verständiger Würdigung der wahren Sachlage in seiner Entschließung beeinflußt worden wäre oder nicht. Maßgebend ist also für die Erheblichkeit des Irrtums nur die subjektive Auffassung des Erblassers, nicht auch der objektive Maßstab der allgemein verständigen Ansicht [204]).

Ist der Erblasser zu der letztwilligen Verfügung bestimmt worden durch die irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Ereignisses, so ist sie anfechtbar, wenn der Erblasser einen bestimmten Glauben oder eine bestimmte Erwartung davon gehabt hat, gleichviel ob sie positiven oder negativen Inhalts war [205]). Weitergehend als § 119 BGB. läßt das Gesetz also in § 2078 auch den Irrtum über Beweggründe zu. Entscheidend ist aber, daß der Erblasser sich über die zukünftigen, gegenwärtigen oder vergangenen Ereignisse positive Vorstellungen gemacht hat. Die frühere Ansicht des Reichsgerichts [206]), daß eine Anfechtung nur dann möglich sei, wenn der Erblasser den Eintritt zukünftiger Ereignisse überhaupt nicht bedacht habe, ist abzulehnen, weil sie dem Wortlaut des Gesetzes widerspricht. Denn nur, wenn jemand die Möglichkeit des Eintritts eines Umstandes im Auge hat, kann er über den Eintritt irren. Dabei ist jedoch nicht zu verkennen, daß die Annahme oder Erwartung auch unbewußt bei dem Erblasser vorgeherrscht haben kann, der Erblasser also den Fortbestand gewisser Dinge als selbstverständlich angesehen hat [207]). Das gewinnt besondere Bedeutung bei der Geldentwertung. Grundsätzlich kann die Inflation auch die Anfechtung letztwilliger Verfügungen begründen. Im allgemeinen wird man aber auch in diesen Fällen, um dem Bedachten durch die Anfechtung nicht auch das noch zu entziehen, was er hat, eher mit aufwertender Auslegung helfen. Denn die Auslegung geht in allen Fällen der Anfechtung vor [208]). Nicht aber kann die Anfechtung auch auf andere überraschend eingetretene Ereignisse wie z. B. plötzliche Staatsumwälzungen gestützt werden, da mit solchen Ereignissen niemand, auch nicht unbewußt, gerechnet haben wird [209]).

Auf welcher Art von Beweggründen der Irrtum beruht, ist gleichgültig. Denn jeder Irrtum führt zur Anfechtung. Auch eine Verfügung, zu der der Erblasser durch Täuschung veranlaßt wurde, kann wegen Irrtums angefochten werden [210]). Ebenso eine solche, die auf einem unsittlichen Motiv beruht, falls sie nicht schon in sich als letztwillige Verfügung von vorneherein nichtig ist [211]).

---

204) Planck § 2078 1 S. 388; Staudinger § 2078/79 III A. 1 S. 481; Strohal § 41 A. 1 Anm. 8 S. 299; RG. Bd. 59 S. 40.

205) Kipp § 22 IV 1 S. 82; Planck § 2078 2 a α S. 389; Staudinger § 2078/79 III 2 S. 481.

206) RG. Bd. 77 S. 174.

207) Kipp § 22 IV 1 S. 83; Planck § 2078 2 a α S. 389; Staudinger § 2078/79 III 1 S. 481; Herzfelder in JW. 1924 S. 306. RGR.Komm. § 2078 4; Bayr. ObLG. in JFG. Bd. 3 S. 149.

208) Goldmann in JW. 1924 S. 1123; Staudinger § 2078/79 III 2 S. 483.

209) Planck § 2078 2 a α S. 389.

210) Kipp § 22 Anm. 12 S. 84; Plank § 2078 2 a γ S. 391.

211) Planck § 2078 2 a β S. 390.

Anfechtbar ist eine Widerrufserklärung nur in einem Fall auch dann, wenn der Erblasser dazu aus Unkenntnis veranlaßt worden ist, nämlich, wenn er einen zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten übergangen hat (§ 2079 BGB.). Hatte z. B. der Erblasser eine nicht pflichtteilsberechtigte Person in seinem Testament zum Erben eingesetzt und widerruft er das Testament später, ohne zu wissen, daß diese Person inzwischen durch Wegfall von Zwischenpersonen pflichtteilsberechtigt geworden ist, so unterliegt das Testament auch in diesem Falle der Anfechtung[212]).

Anfechtbar ist schließlich auch ein Widerruf, den der Erblasser durch widerrechtliche Drohung veranlaßt vorgenommen hat. Die Drohung muß jedoch in der Androhung eines erheblichen Übels bestehen. Fortgesetztes und aufdringliches Bitten genügt dazu noch nicht[213]).

Ist der Widerruf ein Willensgeschäft, so scheiden die Fälle des § 2078 Abs. 1 BGB. von vorneherein aus. Denn ein Widerruf, den der Erblasser entweder garnicht vornehmen wollte oder über dessen Inhalt er sich nicht im klaren ist, ist nicht, wie in § 2255 BGB. vorausgesetzt getragen vom Widerrufswillen des Erblassers.

Anwendbar auch auf Willensgeschäfte sind dagegen die Vorschriften über den Irrtum im Beweggrund (§ 2078 Abs. 2 BGB.). Hier finden ebenfalls die eben entwickelten Grundsätze Anwendung. Will der Erblasser deshalb einem ersten wegen Formmangels nichtigen Testament durch Widerruf eines zweiten Kraft verleihen, so kann dieser durch Willensgeschäft vorgenommene Widerruf angefochten werden, da der Erblasser zu dieser Verfügung bestimmt worden ist, durch die irrige Annahme, die Erbfolge des ersten Testaments werde wieder eintreten[214]). Ist der Erblasser zu dem Widerruf durch arglistige Täuschung veranlaßt worden, so steht die Tatsache, daß der Widerruf durch Willensgeschäft vorgenommen worden ist, der Anfechtung nicht im Wege. Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung kann aber nur insofern stattfinden, als der Erblasser nicht über die Folgen der Widerrufshandlung getäuscht worden ist. Wenn nämlich in dem Erblasser die Vorstellung erweckt wird, durch die Vernichtung der Testamentsurkunde widerrufe er das Testament nicht, so ist die Ausführung dieser Handlung auch kein Widerruf durch Willensgeschäft, da dem Erblasser der dazu erforderliche Widerrufswille fehlt. Nur wenn dem Erblasser vorgetäuscht wird, sein Testament sei doch schon wegen Formmangels nichtig oder es könne wegen Todes der eingesetzten Erben doch nie wirksam werden, so kann der Widerruf, der auf diese Täuschung hin erfolgt, angefochten werden, auch wenn der Widerruf durch Willensgeschäft erfolgt ist[215]). Nicht möglich ist es dagegen, die Anwendbarkeit des § 2078 Abs. 2 auf Willensgeschäfte, soweit er sich auf die widerrechtliche Drohung bezieht. Der Drohende hat nur insoweit Gewalt über den Erblasser, als er ihn zwingen kann, das Testament zu vernichten. Die bloße Zerstörungshandlung hat aber ohne einen Widerrufswillen des Erblassers keine Widerrufsfolgen. Das Hinzutreten eines Widerrufswillens kann aber niemand erzwingen. Es ist ein im Inne-

212) Kipp § 22 IV 1 S. 85.
213) Planck § 2078 2 b S. 391; RG. in Recht 1910 Nr. 13 S. 95.
214) Abammer S. 32.
215) Manigk, Rechtsgeschäfte S. 279.

ren des Menschen liegender Vorgang, über den niemand Gewalt hat. Hat der Erblasser deshalb bei der Vernichtung auch den tatsächlichen Willen zum Widerruf gehabt, so hat er ihn frei und ohne Zwang gefaßt. Denn einen Einfluß auf diese innere Sphäre hat niemand. Läßt sich deshalb nachweisen, daß der Erblasser zwar die Vernichtungshandlung gezwungen vorgenommen hat, jedoch dabei auch den Widerrufswillen gehabt hat, so tritt nur der bisher verdeckte Wille, der der Handlung aber von Anfang an wirklich zu Grunde lag, zutage. Eine widerrechtliche Drohung kann deshalb bei dieser inneren Tatsache nicht vorliegen. Auf Willensgeschäfte ist eine Anfechtung wegen Drohung also ausgeschlossen [216]).

Unmöglich ist auch die Anfechtung eines Widerrufs durch Rechtshandlung. Die Rechtsfolgen dieser Handlung treten ein ohne und gegen den Willen des Handelnden. Ein Willensmangel kann also nicht von Bedeutung sein, da ein Widerrufswille nicht Tatbestandsmerkmal der Widerrufshandlung ist [217]). Der Rechtshandlung des Widerrufs nach § 2256 BGB. liegt aber noch ein zweiter Wille als Tatbestandsmerkmal zu Grunde: der Wille, das Testament zurückzuerhalten. Erhält der Erblasser es gegen seinen Willen zurück, so hat diese Tatsache rechtlich keine Bedeutung. Denn da der erforderliche Wille zur Rücknahme fehlt, fehlt auch ein Tatbestandsmerkmal und der rechtliche Erfolg der Rechtshandlung bleibt deshalb aus [218]). Anfechtbar ist dagegen das dem Widerruf zugrundeliegende Kausalgeschäft der Rücknahme. Dieses aber auch nur in dem einen Fall, daß der Erblasser sich über den Inhalt seiner Rücknahmeerklärung irrte. Das ist der Fall, wenn der Erblasser z. B. von zwei amtlich verwahrten Testamentsurkunden eine zurückhaben will, aus Versehen sich aber verspricht und die andere zurückverlangt. Nimmt er diese mit nach Hause, so kann hinterher, wenn das Versehen bemerkt wird, diese Rücknahmehandlung angefochten werden.

Nicht aber kann eine Rücknahmehandlung angefochten werden, wenn der Erblasser zu dieser Handlung durch Drohung oder Täuschung veranlaßt wurde. In diesen Fällen ist der Wille zur tatsächlichen Rücknahme frei von Willensmängeln. Die Folgen dieser Handlung sind deshalb nicht aufzuhalten. Es bleiben deshalb den Erben nur Schadensersatzansprüche gegen den, der die Drohung oder Täuschung verübt hat, das Testament ist und bleibt aber endgültig widerrufen und kann nicht durch Anfechtung wiederhergestellt werden [219]).

Vierter Abschnitt.

Die Rechtsprechung.

§ 8.

Um Wiederholungen zu vermeiden, soll an dieser Stelle die Rechtsprechung nur insoweit behandelt werden, als sie sich auf die Rechtsnatur der einzelnen Widerrufsakte bezieht; die formelle Seite — wie die einzelnen

216) So Manigk, Rechtsgeschäfte S. 285; a. A. Ahammer S. 30.

217) RGR.Komm. § 2256 1 S. 310; Sörgel § 2256 1 S. 1887; Fr. Leonhard § 2256 II B. S. 408; RG. in Recht 1911 Nr. 3104; KG. Bd. 41 S. 97.

218) Manigk, Willenserklärung § 169 S. 695.

219) Manigk, Willenserklärung § 169 S. 695/96.

Widerrufsakte vorgenommen werden können, ob die eine oder andere Handlung als ausreichende Widerrufshandlung anzusehen ist — soll nicht Gegenstand der Behandlung in diesem Abschnitt sein.

Eins sei gleich vorausgeschickt: Die Lehre M a n i g k s von der Willenserklärung und dem Willensgeschäft ist nicht in vollem Umfange in die Rechtsprechung übergegangen. Inwieweit sich aus den Entscheidungen ergibt, daß sich die Rechtsprechung der Lehre, sei es auch vielleicht unbewußt, angeschlossen hat, soll hier gezeigt werden.

Wir sahen, daß M a n i g k in seiner Lehre vom Rechtsgeschäft eine scharfe Trennung durchführt zwischen Willenserklärung und Willensgeschäft, daß die Willenserklärung Kundgebungsmittel zur Vermittlung eines inneren Willens ist, das Willensgeschäft dagegen nur die Perfektion eines solchen Willens in der Außenwelt, deshalb nicht Kundgebungsmittel, sondern nur Indiz ist. Bereits in einer älteren Entscheidung hat sich das Reichsgericht[220]) über Willenserklärungen dahingehend geäußert, daß diese solche seien, die eine ihrem Inhalt kongruente Rechtsfolge vermöge der die Wirksamkeit des Parteiwillens in gewissen Grenzen anerkennenden Gesetzesmacht hervorzubringen bestimmt seien. Auch dem Reichsgericht sind also Willenserklärungen und die darauf beruhenden Rechtsgeschäfte Mittel der Privatautonomie. Über den Inhalt und die Gestaltung einer Willenserklärung entschied das Reichsgericht dann weiter[221]), daß zu einer Willenserklärung ein kundgebender Ausdruck der Willensabsicht notwendig sei. „Ganz stillschweigend ohne jeden Ausdruck kann sich ein rechtsgeschäftlicher Akt nicht vollziehen. Nur der erklärte Wille hat Bedeutung." Hieraus zeigt sich mit aller Deutlichkeit, daß auch das Reichsgericht eine Willenserklärung nur dann als vorliegend erachtet, wenn der Wille kundgebend zum Ausdruck gekommen ist. Unter Hinweis auf Boyens hat M a n i g k[222]) dargetan, daß das Reichsgericht in 25jähriger Praxis bei der Auslegung von Willenserklärungen es nicht darauf abgestellt habe, den inneren Willen des Erklärenden zu ermitteln, sondern daß es darauf ankomme, den objektiven Sinn der Erklärung als erkennbaren Ausdruck des Willens festzustellen. Mit Recht hat deshalb das Kammergericht[223]) betont, daß durch die Auslegung eines Testaments nichts hineingetragen werden dürfe, was der Erblasser in keiner Weise ausgedrückt habe. Dabei ist es jedoch nicht ausgeschlossen, daß ein Wille, dessen sich der Erblasser nicht voll bewußt gewesen war, ausgelegt und zur Geltung gebracht werden kann, wenn er wenigstens andeutungsweise in der letztwilligen Verfügung enthalten ist. Immer aber verlangt die Rechtsprechung für eine Willenserklärung den erkennbaren Ausdruck des inneren Willens. Festhält aber das Reichsgericht[224]) bis in die neueste Zeit an der Scheidung der Willenserklärungen in empfangsbedürftige und nicht empfangsbedürftige. Es sollen deshalb auch für das Testamentsrecht

220) RG. Bd. 58 S. 346.
221) RG. Bd. 96 S. 140.
222) Manigk, Willenserklärung § 89 S. 426.
223) KG. in OLG. Bd. 21 S. 319 ff.; ebenso RG. in JW. 1918 S. 172; in Recht 1925 S. 303; auch KG. in OLG. Bd. 42 S. 127 und Lange in Iherings Jahrbuch Bd. 82 S. 3, 4.
224) RG. Bd. 104 S. 322.

die allgemeinen Vorschriften der §§ 116—118 BGB. nur insoweit Anwendung finden, als sie sich nicht speziell auf empfangsbedürftige Willenserklärungen beziehen. Denn die letztwilligen Verfügungen seien nicht empfangsbedürftig.

Wie gleich anfangs bemerkt, hat die Rechtsprechung eine begriffliche und bewußte Scheidung in Willenserklärung und Willensgeschäft nicht durchgeführt. Aber dennoch entscheidet auch sie die Fälle der Willensgeschäfte anders als die der Willenserklärungen. Das zeigt sich besonders in einer Entscheidung des Reichsgerichts[225]) zu § 2255 BGB. Das Reichsgericht sieht in einem Widerruf durch Vernichtung der Testamentsurkunde trotz der anderen äußerlichen Form eine letztwillige Verfügung, also ein Rechtsgeschäft. Damit stellt es sich aber in Gegensatz zu einer anderen Meinung[226]), die einen solchen Widerruf, weil er nicht die Form einer Erklärung habe, aus dem Gebiet der Rechtsgeschäfte ausstoßen will, ja sogar behauptet, daß durch die Vernichtung garnicht über den Nachlaß verfügt werde, sondern dieser mangels einer letztwilligen Verfügung seinem Schicksal überlassen bleibe. Trotz der richtigen Gleichstellung eines Widerrufsaktes durch Vernichtung mit den anderen Akten letztwilliger Verfügungen hat aber das Reichsgericht ihn mit Recht nicht in allen Punkten gleich behandelt. So erklärt es in Bd. 102 S. 70 ausdrücklich, daß der Widerruf durch Vernichtung als letztwillige Verfügung zwar der Anfechtung unterliege, aber nur einer Anfechtung wegen Irrtums über den Beweggrund. Eine Anfechtung wegen anderer Willensmängel läßt auch das Reichsgericht nicht zu, da der ganze Akt in sich schon unwirksam war und deshalb keiner Anfechtung bedurfte.

Endlich hat auch die Rechtsprechung den Widerruf nach § 2256 BGB. anders behandelt als die übrigen Widerrufsakte. Die Rechtsprechung hat einhellig entschieden,[227]), daß es für die Gültigkeit eines solchen Widerrufs ohne Belang sei, ob der Erblasser auch den Widerrufswillen hatte. Auch ohne diesen treten die Widerrufsfolgen ein, er sei mithin wegen Willensmängel in dieser Hinsicht nicht anfechtbar. Damit hat aber die Rechtsprechung diesen Widerruf aus der Gruppe der autonomen Privatakte ausgeschieden. Ebensowenig verkennen die angeführten Entscheidungen die Bedeutung, auch des dieser Widerrufshandlung eigenen besonderen Rücknahmewillens, von dessen Vorliegen auch sie die Gültigkeit des Widerrufs abhängig machen, und dessen Anfechtung auch sie gestatten, wenn der Erblasser sich über die Tatsache der Rücknahme irrte, nicht aber über die sich aus der Rücknahme ergebenden Widerrufsfolgen.

---

225) RG. Bd. 102 S. 70.
226) Maenner in LZ. 1925 Sp. 509/10.
227) Z. B. KG. Bd. 41 S. 97; OLG. Bd. 34 S. 307.

III. Die Anwendbarkeit der gewonnenen Ergebnisse auf dem Testament verwandte Rechtseinrichtungen.

(Gemeinschaftliche Testamente, Erbverträge).

§ 9.

Bereits in § 3 dieser Abhandlung war darauf hingewiesen worden, daß im Gegensatz zu Testamenten, die der Erblasser jederzeit frei widerrufen kann, ein Erbvertrag den Erblasser unwiderruflich bindet, wenn nicht besondere Gründe (§§ 2290–2297 BGB.) auch hier die Aufhebung gestatten. Zwischen diesen beiden Arten von Verfügungen von Todes wegen steht das gemeinschaftliche Testament, das nur von Ehegatten errichtet werden kann.

Das gemeinschaftliche Testament kann auf drei inhaltlich verschiedene Arten errichtet werden. Es kann einmal die Abfassung zweier letztwilliger Verfügungen von Ehegatten sein, die innerlich nichts miteinander zu tun haben und nur äußerlich in ein und demselben Rechtsakt getroffen werden. Ein solches gemeinschaftliches Testament kann deshalb auch von den Ehegatten nacheinander errichtet werden [1]). Zum anderen kann ein solches Testament durch gegenseitige Zuwendungen der beiden Erblasser als wechselseitiges errichtet werden und endlich als wechselbezügliches, wenn die gegenseitigen Verfügungen der Erblasser ganz oder teilweise so von einander abhängig sind, daß ein Widerruf oder eine Nichtigkeit der Verfügungen des einen die Unwirksamkeit der Verfügungen des anderen nach sich zieht [2]). In der äußeren Form der Errichtung eines gemeinschaftlchen Testaments sind die Ehegatten frei. Sie können das Testament sowohl in eigenhändiger wie gerichtlicher oder notarieller Form errichten, sowie in jeder außerordentlichen Testamentsform [3]).

Da das gemeinschaftliche Testament nur die Verbindung zweier Verfügungen von Todes wegen in der äußerlichen Form eines Errichtungsaktes darstellt, so müssen grundsätzlich auch die allgemeinen Vorschriften der §§ 2253–56 BGB. über den Widerruf auf gemeinschaftliche Testamente Anwendung finden. Nur für wechselbezügliche Verfügungen enthält § 2271 BGB. eine Beschränkung der Widerrufsfreiheit. Nicht wechselbezügliche Verfügungen können deshalb nach Maßgabe der §§ 2253 ff. jederzeit einseitig widerrufen werden. Nur für den Widerruf durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung gilt gemäß § 2272 BGB. die Besonderheit, daß die Urkunde nur an beide Erblasser gemeinsam abgeliefert werden darf. Auch auf dem Wege des § 2255 durch Vernichtung der Testamentsurkunde kann der Widerruf nicht korrespektiver Verfügungen vorgenommen werden, sodaß entweder beide Erblasser gemeinsam die Vernichtung tätigen oder einer auf Anweisung oder mit Wissen des anderen das Testament zerreißt. Vernichtet der eine Ehegatte ohne Wissen und Wollen des anderen das gesamte gemeinschaftliche Testament, so sind nur dessen Verfügungen widerrufen, der das Testament zerrissen hat, weil in Bezug auf die Verfügungen des ande-

1) Bayr.ObLG. in JFG. Bd. 8 S. 125.
2) Planck § 2265 2 S. 783; Binder § 9 S. 19; Kipp § 27 I. S. 104.
3) Kipp § 25 S. 100 ff.; Strohal § 43 II S. 320; Eichhorn-Goldmann S. 83.

ren der erforderliche Widerrufswille dieses Ehegatten fehlte [4]). Jedoch kann der andere Ehegatte später, wenn er von der Vernichtung erfährt, dieses für ihn zufällige Ereignis zu einem eigenen Widerruf seinerseits benutzen [5]). Die Ansicht Plancks [6]), daß auch der § 2255 für gemeinschaftliche Testamente ausscheide, findet im Gesetz keine Stütze. Im Gegenteil ergibt sich gerade aus § 2271, daß nur für wechselbezügliche Verfügungen eine Beschränkung der Widerrufsfreiheit aufgestellt werden sollte.

Ist eine Verfügung des gemeinschaftlichen Testaments wechselbezüglich, so ist ein einseitiger Widerruf trotz der Wechselbezüglichkeit nicht ausgeschlossen, solange der andere Ehegatte lebt. Der Widerruf kann aber nur dadurch erfolgen, daß der Widerruf dem anderen Teil gegenüber erklärt wird und die Erklärung gerichtlich oder notariell beurkundet wird (§ 2271 Abs. 1; § 2296 Abs. 1). Durch den Widerruf werden auch die mit der widerrufenen in Wechselbeziehung stehenden Verfügungen unwirksam. (§ 2270 Abs. 1). Nicht zuläßig ist dagegen der Widerruf durch einseitige neue Verfügung von Todes wegen. Der Gegensatz von „einseitig" ist aber nicht etwa „mit Zustimmung des anderen Ehegatten". Denn wollte man den einseitigen Widerruf mit Zustimmung des anderen Ehegatten gestatten, so wäre dies eine Widerrufsform, durch die der Zustimmende seine Verfügung formlos beseitigen würde. Ein Ergebnis, das dem § 2271 BGB. geradezu widerspricht [7]). Die Anwendbarkeit des § 2255 ist auf wechselbezügliche Verfügungen nur insoweit denkbar, als beide Ehegatten das Testament gemeinschaftlich vernichten [8]). Ein Widerruf durch Rücknahme kann, da sich der § 2272 BGB. auf alle Arten gemeinschaftlicher Testamente bezieht, einerlei ob sie wechselbezüglich sind oder nicht, nur in der Weise vorgenommen werden, daß beide Ehegatten das Testament gemeinsam aus der Verwahrung zurücknehmen. Die Rückgabe nur an einen Ehegatten erzeugt keine Widerrufsfolgen; auch nicht, soweit das Testament sich auf wechselbezügliche Verfügungen des zurücknehmenden Ehegatten bezieht. Jedoch treten die Widerrufsfolgen auch bei der gemeinschaftlichen Rücknahme nur dann ein, wenn es sich um ein öffentliches gemeinschaftliches Testament handelt, nicht aber um ein nach § 2248 BGB. hinterlegtes eigenhändiges gemeinschaftliches Testament [9]). Ein Recht auf Vorlegung des Testaments zur Einsichtnahme hat dagegen jeder Ehegatte allein [10]). Die früher vom Kammergericht [11]) vertretene Ansicht, daß auch dieses Recht nur beide Ehegatten gemeinsam haben, ist aus dem Grunde abzulehnen, weil weder die Einsichtnahme allein Rechtsfolgen zeitigt noch eine unbefugte Mitnahme des Testaments durch den einen Ehegatten zum Widerruf führen kann.

Ist einer der Ehegatten verstorben, so ist ein Widerruf der wechselbezüglichen Verfügungen nicht mehr möglich, es sei denn, daß der Über-

4) Ahammer S. 40.
5) a. A. Ahammer S. 40; vgl. jedoch § 3, 3 dieser Abhandlung.
6) Planck § 2271 2 b S. 798.
7) Planck § 2271 2 b S. 798; Strohal § 43 a II 4 a Anm. 15 S. 334; Ahammer S. 41.
8) Kipp § 28 III 2 a 6 S. 111.
9) Ahammer S. 41; Kipp § 28 III 2 a 6 S. 112.
10) KG. in JFG. Bd. 4 S. 161.
11) KG. Bd. 38 S. A. 151; zweifelnd auch Kipp § 23 Anm. 17 S. 112.

lebende das ihm von dem Vorverstorbenen Zugewandte ausschlägt. Verfügungen des Überlebenden, die den wechselbezüglichen Verfügungen widersprechen, sind aber nur insoweit unwirksam, als sie das Recht des durch die wechselbezüglichen Verfügungen Bedachten beeinträchtigen würden. Auch ohne Ausschlagung kann der Überlebende letztwillige Verfügungen treffen, nämlich dann, wenn der Bedachte pflichtteilsberechtigt ist und sich einer Verfehlung schuldig macht, die zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt, oder wenn der Pflichtteilsberechtigte verschwendungssüchtig oder überschuldet ist. Durch die Widerrufsbeschränkung wird der Überlebende aber nicht testierunfähig. Hat er deshalb eine den wechselbezüglichen Verfügungen entgegenstehende Anordnung getroffen, so kann diese dann dennoch wirksam werden, wenn das wechselbezügliche Testament mit Erfolg angefochten worden ist[12]). Endlich ist es auch möglich, daß die Ehegatten, da sie es ja in der Hand haben, die Wechselbezüglichkeit auszuschließen, bestimmen können, daß auch der Überlebende sein freies Widerrufsrecht behalten solle[13]).

Im Gegensatz hierzu kennt das Gesetz beim Erbvertrag, der nur vor einem Richter oder Notar geschlossen werden kann, einen Widerruf überhaupt nicht. Der Erbvertrag ist also eine unwiderrufliche Verfügung von Todes wegen. Dennoch kann auch er unter besonderen Umständen beseitigt werden und zwar durch Vertrag, der derselben Form bedarf wie der Erbvertrag (§ 2290 BGB.), für Vermächtnisse und Auflagen auch durch Testament unter Zustimmung des anderen Teils, wenn die Zustimmungserklärung gerichtlich oder notariell beurkundet ist (§ 2291) und endlich durch gemeinschaftliches Testament, wenn der Erbvertrag unter Ehegatten geschlossen war (§ 2292). Außerdem kann der Erblasser auch vom Erbvertrag zurücktreten, wenn er sich in dem Vertrage das Rücktrittsrecht vorbehalten hat (§ 2293). Der Rücktritt unterliegt ebenfalls der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 2296). Der Ausschluß des einseitigen Widerrufsrechts wird durch das Rücktrittsrecht nicht wieder eingeführt. Denn durch den Rücktritt erhält der Erblasser nicht sein verloren gegangenes Widerrufsrecht wieder, sondern er hebt den Erbvertrag mit vertragsmäßiger Wirkung auf[14]). Auch die anderen formellen Aufhebungsarten sind keine einseitigen Verfügungen, auch nicht die Testamente der §§ 2291, 2292, sodaß die Vorschriften der §§ 2254 und 2255 für die Erbverträge ausscheiden. Auch der § 2256 BGB. hat für Erbverträge keine Geltung. Denn für Erbverträge ist anders als für öffentliche Testamente eine amtliche Verwahrung nicht vorgeschrieben. Eine Rückgabe aus der amtlichen Verwahrung kann deshalb auch für Erbverträge keine Widerrufswirkung erzeugen[15]), da sie in dieser Beziehung den nach § 2248 BGB. hinterlegten eigenhändigen Testamenten gleichstehen, deren Rücknahme allein auch keine Widerrufsfolgen zeitigt.

In einem Erbvertrage können aber gemäß § 2299 Abs. 1 BGB. auch noch einseitige Verfügungen enthalten sein, die durch § 2299 Abs. 2 den

12) RG. Bd. 130 S. 214.

13) Kipp § 28 III 2 b S. 114; Planck § 2271 IV 3 a S. 801; Staudinger §§ 2270/71 IV; RGR.Komm. § 2271 4; OLG. Bd. 12 S. 386.

14) Harrer in L.Z. 1924 Sp. 14.

15) Abammer S. 43; Planck § 2277 5 S. 811; Motive Bd. V S. 319; Protokolle Bd. V S. 381.

Testamenten gleichgestellt worden sind. Da sie durch diese Gleichstellung dem Rücktrittsrecht des Erblassers entzogen sind, so können sie nur beseitigt werden durch Vertrag, der den ganzen Erbvertrag aufhebt oder durch einseitigen Widerruf wie sonstige letztwillige Verfügungen nach § 2253 ff.[16]). Nur die Anwendbarkeit des § 2256 erscheint auch hier ausgeschlossen, da die amtliche Verwahrung für den Erbvertrag, mit dem die einseitigen Verfügungen verbunden sind, ohne Bedeutung ist, eine Rücknahme deshalb keine Widerrufsfolgen, auch für die einseitigen Verfügungen nicht, nach sich ziehen kann[17]).

IV. Ergebnisse.

§ 10.

Die drei Widerrufsarten der §§ 2254, 2255 und 2256 BGB. weisen trotz ihrer gleichen Rechtsfolgen, nämlich der Beseitigung einer letztwilligen Verfügung, gänzlich verschiedene Rechtsnatur auf, sodaß sie in der systematischen Darstellung der juristischen Handlungen verschiedener Einordnung bedürfen.

Die Widerrufsakte gemäß § 2254 und 2255 stellen sich als Rechtsgeschäfte dar, der Widerruf nach § 2256 dagegen als Rechtshandlung im engeren Sinn. Jene sind autonome Privatakte, durch die der Erblasser das Schicksal seines Nachlasses selbst regelt, wogegen die Rechtsfolgen eines Widerrufs nach § 2256 auf Gesetzeswirkung beruhen, und auch ohne und gegen den Willen des Erblassers eintreten.

Aber auch diese Scheidung ist noch nicht erschöpfend. Die Natur der rechtsgeschäftlichen Widerrufe nach § 2254 und 2255 ist trotz der gemeinsamen Unterordnung unter den Begriff des Rechtsgeschäfts durchaus verschieden. Während der Erblasser bei einem Widerruf nach § 2254 seinen Willen nicht nur schriftlich niederlegen und damit erklären muß, sondern auch dafür Sorge zu tragen hat, daß er den Beteiligten zur Kenntnismöglichkeit gebracht wird, braucht er bei einem Widerruf durch Vernichtung der Testamentsurkunde lediglich die Tathandlung der Vernichtung in Widerrufsabsicht vorzunehmen. Ein weiteres Tätigwerden des Erblassers wird hier nicht gefordert. Der Widerruf durch Vernichtung ist also keine Erklärung, sondern lediglich eine Willenshandlung, die den inneren Willen ausführt.

Der Widerruf nach § 2254 ist deshalb ein Rechtsgeschäft, und zwar eine W i l l e n s e r k l ä r u n g.

Der Widerruf nach § 2255 ist, soweit er durch Vernichtung der Testamentsurkunde erfolgt, auch Rechtsgeschäft, aber ein W i l l e n s g e s c h ä f t.

Wird der Widerruf nach § 2255 durch Veränderungen an der Urkunde vorgenommen, so sorgt der Erblasser, da er die Urkunde in ihrer Substanz erhält, für die Kenntnismöglichkeit der Beteiligten. Er wendet sich also

16) Kipp § 39 V S. 140; Ahammer S. 44.
17) Ahammer S. 43.

kundgebend an die Rechtsgenossen. Dieser Widerrufsakt ist deshalb ebenfalls ein Rechtsgeschäft durch Willenserklärung.

Im Gegensatz zu diesen rechtsgeschäftlichen Widerrufsakten stellt sich der Widerruf nach § 2256 als Rechtshandlung i. e. S. dar. Trotzdem ist auch bei ihm eine Willensrichtung des Erblassers erforderlich, nämlich der Wille, das Testament aus der amtlichen Verwahrung zurückzuerhalten. Er ist deshalb eine Rechtshandlung mit erheblichem inneren Willen.

Diese Verschiedenheit der Rechtsnatur der einzelnen Widerrufsakte rechtfertigt auch deren verschiedene rechtliche Behandlung. So finden die Vorschriften des 3. Abschnitts des 1. Buches des BGB. grundsätzlich nur auf den rechtsgeschäftlichen Widerruf Anwendung, wogegen der Widerruf gemäß § 2256 anderen Regeln folgt.

Aber auch die Vorschriften über Rechtsgeschäfte treffen nicht gleichermaßen auf alle rechtsgeschäftlichen Widerrufsakte zu. Die Vorschriften über Willenserklärungen (1. Buch 3. Abschnitt 2. Titel BGB.) scheiden bei der Behandlung derjenigen Widerrufsakte, die Willensgeschäfte sind, aus. Denn in den Fällen, in denen der Erblasser nur durch eine Tathandlung seinen inneren Willen verwirklicht, ist für die Anwendung der Vorschriften, die das Rechtsverhältnis zwischen Erklärendem und Erklärungsempfänger regeln, kein Raum.

Im Gegensatz dazu können auf einen Widerruf nach § 2256 durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung die Vorschriften über Rechtsgeschäfte sämtlich nicht — auch nicht analog — übertragen werden. Denn da bei diesem Widerruf der Gestaltungswille zur Aufhebung des Testaments nicht vorzuliegen braucht, die Rechtsfolgen vielmehr auf Grund der Tatsache der Rücknahme gesetzlich eintreten, ist Geschäftsfähigkeit nicht zu fordern, eine Anfechtung wegen Mängel in diesem Willen, eine Vertretung in diesem Willen und ein gewolltes Hinausschieben der Rechtsfolgen durch Bedingung oder Befristung in sich unmöglich. Nur der § 105 Abs. 2 BGB. findet auch auf diese Rechtshandlung Anwendung. Aber nicht weil diese Bestimmung direkt oder analog auf diese Handlung übertragen wird, sondern weil hier im Gesetz eine allgemeine Voraussetzung der menschlichen Handlungsfähigkeit normiert ist, die für alle juristischen Handlungen zutrifft. Die Vorschriften für Rechtsgeschäfte finden bei einem Widerruf durch Rücknahme nur insoweit Anwendung, als hier die Rechtsfolgen der Rücknahme bedingt sind von dem Willen des Erblassers, sein Testament zurückzuerhalten. Nur für diesen Willen, der der Widerrufshandlung aber vorausgeht, ist deshalb Geschäftsfähigkeit zu fordern, nur er ist wegen Willensmängeln anfechtbar.

Lebenslauf.

Geboren wurde ich, Hermann Neumeister, am 24. März 1906 in Köln am Rhein als Sohn des damaligen Regierungsrates (jetzt Verwaltungsgerichtsdirektor i. R.) Dr. Hermann Neumeister und seiner Ehefrau Marie, geb. Troß. Ich bin wie meine Eltern Preuße und evangelischen Glaubens.

Nach dreijährigem Besuch der Vorschule bezog ich das Realgymnasium in Köln-Lindenthal. Infolge der dienstlichen Versetzungen meines Vaters besuchte ich später das humanistische Gymnasium der staatlichen Friedrichsschule in Gumbinnen (Ostpr.) und das städtische Hindenburggymnasium in Düsseldorf, das ich Ostern 1925 mit dem Reifezeugnis verließ. An den Universitäten Köln, Münster, Heidelberg und Marburg studierte ich Rechtswissenschaft. Am 26. November 1930 bestand ich vor dem Prüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Kassel das Referendarexamen. Am 20. Dezember 1930 wurde ich zum Referendar im Bezirk des Oberlandesgerichts in Köln ernannt. Auf Grund der vorliegenden Arbeit wurde ich zur mündlichen Doktorprüfung zugelassen, die ich am 28. Januar 1933 bestand. Zur Zeit bin ich im Vorbereitungsdienst bei dem Amtsgericht in Trier tätig.